

CAMILA KOCHANOWSKI SIMÃO

ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE

•

CURITIBA

2004

CAMILA KOCHANOWSKI SIMÃO

ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE

**Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção de
grau de bacharel no Curso de Direito,
Setor de Ciências Humanas, da
Universidade Federal do Paraná.
Professor Orientador: João Gualberto
Garcez Ramos**

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA KOCHANOWSKI SIMÃO

ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Humanas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. João Gualberto Garcez Ramos



Prof. Luiz Alberto Machado



Prof. Marcelo Kintzel Graciano

Curitiba, 05 de outubro de 2004

RESUMO

O presente trabalho foca-se primordialmente no estado de necessidade justificante, desde uma análise histórica e sua evolução até os dias atuais, abrangendo também seus requisitos, efeitos, e aplicação prática. A fim de possibilitar a compreensão do tema, discorre acerca da teoria do delito e seus elementos, localizando a excludente principalmente na análise do extrato ilicitude (antijuridicidade). Apresenta as principais divergências doutrinárias acerca do tema, com destaque às causas supralegais de justificação, e à natureza jurídica do instituto, desenvolvendo as questões no que concerne às teorias unitária e diferenciadora do estado de necessidade. Neste passo, demonstra as principais distinções entre estado de necessidade justificante e exculpante, centralizando-se, contudo, no estado de necessidade justificante. Para o desenvolvimento das mencionadas questões, apóia-se nos estudos de alguns dos mais renomados autores penalistas, brasileiros e estrangeiros, para demonstrar as fundamentações utilizadas por cada um deles. Ao final, apresenta alguns casos concretos retirados da jurisprudência pátria, a fim de possibilitar uma maior identificação do instituto do estado de necessidade com as hipóteses em que é admitido, por meio da análise de seus requisitos.

1 INTRODUÇÃO

Visa o presente estudo a apresentação do instituto do estado de necessidade justificante, definido em nosso ordenamento jurídico como causa de exclusão da ilicitude pelo artigo 23, inciso I, e conceituado pelo artigo 24, ambos dispositivos do Código Penal.

No entanto, importa dizer que, nestes breves comentários tecidos acerca do tema, não se procurou esgotar a análise do assunto, muito menos apresentar todos os aspectos que a ele concernem, mesmo porque seria pretensioso acreditar que um tema tão rico, e que possui tantas divergências na doutrina, poderia ser tratado em apenas poucas páginas.

Por esta razão, oportuno destacar que o presente estudo preocupou-se em tratar das características mais relevantes do estado de necessidade como causa de justificação, desde uma breve análise da teoria do delito, passando pelo desenvolvimento histórico do instituto até a análise de algumas hipóteses correntes de aplicação desta excludente de ilicitude, por meio da apresentação do que alguns dos mais renomados autores tratam acerca do tema.

Partindo deste ponto de vista, tendo em vista que o estado de necessidade justificante é uma hipótese em que, apesar de aparentemente haver a perpetração de um crime, crime não há, somente a partir da análise de todos os elementos do delito é possível compreender a excludente de ilicitude, de que maneira ela se apresenta, e que efeitos produz. Por esta razão, inicia-se o trabalho apresentando quais os requisitos que o comportamento humano deve preencher para que o fato seja punível pelo direito penal.

Como destaca SOLER, o delito, a conduta criminosa, é uma figura de grande importância no que tange à ilegalidade, e é a injustiça considerada mais grave dentro do ordenamento jurídico, visto que recebe a sanção mais grave, representativa da máxima vontade de evitação possível dentro de um sistema punitivo.¹

No entanto, deixará de ser considerado crime a conduta que, ao mesmo tempo em que é proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que está tipificada no direito penal, é também permitida por uma norma de direito penal. Essas normas

¹ SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editor Borsi. Nº 5, jan./ mar., 1972, p. 7.

permissivas encontram-se no mencionado artigo 23 do Código Penal, e estabelecem a exclusão da ilicitude do fato aparentemente punível.

É esta questão que reflete a importância do tema, pois as consequências em decorrência disso são diversas, sendo que a principal diz respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, que permanecem invioláveis, uma vez que não sendo caracterizado ilícito, não há aplicação da pena, por não haver, na realidade, ato criminoso.

Neste sentido, após a necessária referência acerca da teoria do crime, apresenta-se de forma resumida as características das causas de justificação de maneira geral, com destaque principalmente a algumas regras comuns, situações de erro e de excesso, bem como a necessidade do tão discutido elemento subjetivo para a aplicação das causas de exclusão da ilicitude.

Com relação à aplicação do instituto do estado de necessidade especificamente, é necessário que estejam presentes todos os requisitos dispostos no artigo 24 do Código Penal. No desenvolvimento do presente trabalho, são analisados cada um desses requisitos, e eventuais divergências que concernem a alguns deles.

Assim sendo, ficará demonstrado que deve ser observada a presença de uma situação de perigo (ou situação de necessidade) em que haja conflito de direitos ou interesses legitimamente protegidos. Neste passo, o perigo deve ser atual, deve ameaçar direito próprio ou alheio, não pode ter sido causado voluntariamente pelo agente, e deve ser inevitável por outro modo, além de que não deve existir o dever legal de arrostar este perigo. Ademais, o sacrifício do bem não deve ser razoável de se exigir, e o agente deve possuir conhecimento da situação justificante, bem como a finalidade de salvar o bem.

Após a análise de cada um dos mencionados requisitos, serão apresentados alguns casos julgados pelos tribunais pátrios, nos quais foi reconhecida a existência do estado de necessidade justificante. A inclusão dessas jurisprudências tem o objetivo principal de proporcionar uma maior identificação do tema com algumas hipóteses correntes em que se configura a justificante, por meio da análise acerca da presença dos pressupostos elencados no artigo 24 do Código Penal; como objetivo secundário, a apresentação dos julgados pretende demonstrar que há várias situações em que resta configurado o estado de necessidade, não se limitando somente às hipóteses envolvendo a idéia clássica dos naufragos, ou turistas perdidos que, diante de uma

situação periclitante, vêm-se diante da necessidade de cometerem atos cruéis em busca da sua própria sobrevivência, pois afinal de contas estas são situações pouco comuns, que na maioria das vezes somente se vê em livros. Desta maneira, com a apresentação dos resultados de julgamentos de alguns casos modernos, procura-se demonstrar que o estado de necessidade encontra aplicação em situações simples e cotidianas, mas nem por isso deixam de merecer a resguarda do mencionado tipo permissivo.

2 LOCALIZAÇÃO DAS CAUSAS JUSTIFICANTES NA TEORIA DO CRIME

Antes de iniciar o estudo acerca do instituto do estado de necessidade, é necessário uma breve análise da teoria do delito, a fim de possibilitar a localização das excludentes de ilicitude, mais especificamente do estado de necessidade, em um momento histórico e na própria teoria do crime.

Além disso, o estudo da teoria do delito, conforme afirma o penalista alemão Claus ROXIN, sempre foi a parte nuclear de todas as exposições da parte geral². Ademais, para a análise de qualquer assunto de direito penal, é essencial que se tenha conhecimento da dogmática que rege o estudo e a aplicação do direito penal.

Na moderna teoria do crime, a substancial maioria da doutrina entende que o fato punível supõe uma *conduta típica, antijurídica* (ilícita) e *culpável*.³

Neste sentido, deve-se compreender que por *conduta* estão abrangidas tanto as ações comissivas quanto as omissivas. Deve, no entanto, ser *típica*, ou seja, coincidir com uma das descrições contidas no ordenamento penal, porque assim exige o princípio da reserva legal, definido na fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Além disso, a ação típica deve ser *antijurídica* ou *ilícita*, isto é, contrária ao ordenamento jurídico, na medida em que a lei determina que a conduta deveria ser evitada. É necessário também que seja *culpável*, pois sendo censurada pelo ordenamento jurídico, recai o juízo de reprovação sobre o autor, o qual denomina-se culpabilidade.

A importância da análise desses elementos reflete no tema do presente estudo, visto que a presença de alguma causa de exclusão da *ilicitude* descaracterizará o crime, em razão do afastamento de um dos elementos do delito.

² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, t. 1, p. 192.

³ Com relação aos requisitos do crime, a doutrina não é unânime acerca de quantos e quais seriam. No presente trabalho, adotou-se a teoria tripartida do delito.

E é neste contexto que o estudo da teoria do delito revela-se tão importante, ~~cos~~ imprescindível para o efetivo entendimento, não só teórico como também da ~~aplicação~~ aplicação prática, do instituto do estado de necessidade.

Assim sendo, importa que se faça a análise de cada um dos elementos do ~~crime~~ crime individualmente.

2.1 Tipicidade

A tipicidade é a adequação de uma conduta à descrição que dela se faz na ~~ei~~ lei penal. Nos termos de Francisco MUÑOZ CONDE, “*tipicidade é a qualidade que se atribui a um comportamento, quando é subsumível à hipótese de fato de uma norma penal.*”⁴

A tipicidade oferece ao ordenamento maior segurança jurídica, ~~extremamente~~ extremamente necessária no estado democrático de direito. Nos termos de José Salgado MARTINS:

*A necessidade de certeza e de segurança, comum a todo o Direito, mas muito mais intensa no Direito Penal, precisamente porque graves e severas as sanções aí cominadas, não raro, irreparáveis, coloca a exigência de uma tipologia penal ou sistema de modelos jurídico-penais, em que o legislador deve prefigurar aqueles fatos ou comportamentos humanos que representam verdadeiramente, no seu cometimento, um dano ou perigo de dano a bens jurídicos merecedores de proteção.*⁵

Assim, a tipicidade é essencial para a proteção dos direitos dos indivíduos., ~~cois~~ pois o poder punitivo do Estado somente será exercido se houver norma proibitiva penal com relação a determinado fato.

Importa destacar que o instituto da tipicidade foi criação de Ernest BELING, que em 1906, foi responsável por concretizar, no âmbito penal, um dos mais importantes princípios constantes nas declarações de direitos e garantias individuais.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 42.

⁵ MARTINS, José Salgado. **Direito penal: Introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 167.

BELING percebeu que era necessário que o direito se manifestasse anteriormente à prática de uma conduta, compondo um molde legal, no qual constaria a ação (ou omissão), que qualificaria, então, o crime. Desta forma, a tipicidade passou a fazer parte do conceito analítico do delito, tendo início a teoria tripartida da ação.

Anteriormente, em uma visão bipartida do fato delituoso, considerava-se crime a ação antijurídica e culpável. Neste sentido, toda a carga objetiva da conduta recaía sobre a antijuridicidade (injusto), e a culpabilidade caracterizava-se por seu aspecto subjetivo, com a análise meramente do vínculo psíquico. Neste sentido destaca Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI: *“para este critério o injusto configurava-se com a causação física de um resultado socialmente danoso e a culpabilidade era a causação psíquica deste mesmo resultado, que podia assumir a forma de dolo (quando se queria causar o resultado antijurídico) ou de culpa (quando o mesmo sobrevinha como consequência de imprudência, negligência ou imperícia).”*⁶

No entanto, tais pressupostos não satisfaziam as questões que surgiam no direito, pois percebeu-se que nem toda ação antijurídica e culpável merecia a punição do Estado pela via criminal, visto que muitos ilícitos neste sentido o são considerados somente no âmbito civil, ou administrativo, por exemplo. Em razão disto, era necessário adicionar um outro elemento à teoria do delito, a fim de evitar a caracterização insuficiente do crime. Para isto, primeiramente utilizou-se a punibilidade como outro elemento, e destarte o delito era conceituado como uma *conduta antijurídica culpável e punível*.⁷

No entanto, surgiam situações incongruentes em que a conduta, muito embora fosse ilícita e culpável, a ela não era cominada uma pena pelo ordenamento penal. Por esta razão, abandonou-se a punibilidade como elemento do crime, e com a criação de BELING o crime passou a ser composto por três elementos – incluindo-se agora a tipicidade, no esquema antijuridicidade-culpabilidade.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 397.

⁷ Ibid., p. 398.

O *jus puniendi*⁸, poder que o Estado possui sobre alguns aspectos dos seus cidadãos (restrição da liberdade, direitos, etc) quando diante de determinadas situações, somente encontrou limites formais a partir da adoção da tipicidade como elemento caracterizador do crime. Desde então, somente era considerado ilícito penal, podendo submeter-se o agente ao poder de punição do Estado, aquela conduta que já havia sido previamente destacada pelo legislador criminal como *típica*. Era a cristalização da exigência política do princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Isto significa dizer que não apenas a ação ou omissão teria que ser antijurídica, como também deveria subsumir-se ao molde legal que configuraria a conduta como sendo criminosa.

Muito embora a criação e a inserção da tipicidade tenha proporcionado um grande salto evolutivo na teoria do crime, ainda assim não correspondia a todas as necessidades apresentadas pelo direito penal. Isso porque o tipo de BELING era totalmente puro e fechado, no qual somente o aspecto objetivo era analisado para a subsunção da conduta ao tipo. Nesta primeira fase doutrinária da tipicidade, este instituto aparece de maneira desvinculada e independente dos demais elementos, possuindo função meramente descritiva dos tipos delitivos.⁹

Por esta razão, acabou por ser rechaçado pela maioria da doutrina da época, e deve-se a Max Ernest MAYER o reconhecimento da real importância do instituto, tendo ele “reelaborado” a tipicidade a fim de fazê-la perder a característica de autonomia plena com os demais elementos do delito, e integrando-a principalmente com a antijuridicidade. Esse liame entre tipicidade e antijuridicidade foi conseguido através do aumento do próprio campo conceitual do tipo de BELING, que M. E. MAYER fez ao admitir “a inclusão de elementos que não apenas descritivos e objetivos, concluindo que, além do mais, o tipo possuía uma função indiciadora da

⁸ Acerca do *jus puniendi*, Heleno Cláudio FRAGOSO aponta que “o sistema punitivo do Estado destina-se à tutela de bens e valores da vida social. Essa tutela jurídica se realiza através da proibição de determinadas condutas e da imposição de outras, que a lei descreve nos diversos tipos de delito.” (**Lições de direito penal. Parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 181.)

⁹ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 2, p. 74-75.

*antijuridicidade (ilicitude): se o tipo, quando completado, denuncia a infração ao preceito (sendo, portanto, antinormativo), evidentemente traduzia a ratio cognocendi da antijuridicidade (ilicitude)."*¹⁰

Desta forma, o tipo deixava de ser um elemento totalmente desvinculado na estrutura do crime, e passou a ser reconhecido o seu caráter indiciário, funcionando a tipicidade como indício da antijuridicidade.¹¹

Nesta análise, Miguel REALE JUNIOR afirma que *"a tipicidade, como identidade do fato ao que é descrito pelo tipo penal, não traduz integralmente antijuridicidade, que constitui a contrariedade à norma de cultura, juridicamente reconhecida, mas apenas revela um indício da antijuridicidade, que legitima a dúvida sobre a ilicitude do fato"*.¹²

Além da relação entre tipicidade e antijuridicidade apontada por M. E. MAYER, há que se mencionar outras mudanças na visão analítica do crime, no que concerne à subjetivação do tipo e à objetivação da antijuridicidade.

Conforme anteriormente mencionado, o esquema que definia analiticamente o delito era meramente objetivo-subjetivo, estando essas duas características claramente separadas no injusto objetivo (tipicidade e antijuridicidade) e na culpabilidade (carga subjetiva da conduta, incluindo o dolo e a culpa).

Percebeu-se que em muitas situações esse esquema não satisfazia as questões que surgiam nos casos concretos.

Neste passo, menciona-se a necessidade de critérios objetivos no momento de análise da culpabilidade, como juízo de reprovabilidade. Essa foi uma necessidade

¹⁰ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. Parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 90.

¹¹ Com relação a esse tópico, ensina FRAGOSO que *"a função indiciária do tipo exerce-se plenamente nos chamados tipos fechados, ou seja, aqueles tipos que contêm, por completo, a descrição da conduta incriminada."* Acrescenta, ainda, que *"todavia, nos tipos abertos desaparece o efeito indiciário da tipicidade. Nesses tipos não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgredir com o seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa do comportamento delituoso, que depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe."* Neste sentido cita ainda como exemplos de tipos abertos os crimes culposos, os crimes comissivos por omissão e os tipos que fazem referência à ilicitude com o emprego de expressões como *"indevidamente"*, *"sem justa causa"* ou *"sem permissão legal"*. (Op. cit., p. 183)

¹² REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

que afrontava a divisão injusto-objetivo e culpabilidade-subjetiva de então, pois confirmava que, na verificação da culpabilidade, não eram somente os aspectos subjetivos que importavam, pois descobriu-se a grande relevância dos critérios objetivos nesta análise.

O abandono do esquema objetivo-subjetivo no tocante ao conceito de culpabilidade é tomado por Reinhart von FRANK, em 1907, formando-se então um novo conceito, no qual se afirmou que a culpabilidade contém a relação psicológica nos casos em que ela existe, porém não é, na verdade, uma relação psicológica, mas sim, na sua essência, é reprovabilidade.¹³

Neste sentido, REALE JUNIOR afirma que *“a ação é reprovável quando exigível que a vontade, axiologicamente negativa, se forme diferentemente, sendo possível ao agente optar por outro comportamento.”*¹⁴

Assim sendo, verifica-se a necessidade da realização de uma análise concreta a cada caso, para saber se havia esse discernimento quanto à opção por um outro comportamento. Desta forma, critérios objetivos são necessários, por exemplo, a fim de apontar com segurança jurídica, acerca da imputabilidade ou inimputabilidade do agente no momento da realização da conduta. Pois o indivíduo pode ser um alienado mental, e no entanto, pode restar comprovado que perpetrou um crime com a plena consciência do que fazia, sendo uma opção sua a realização da ação.

Esta *teoria normativa da culpabilidade*¹⁵ incorpora elementos objetivos àquilo que até então era considerado eminentemente subjetivo, visto que para reprovar-se alguém com relação a alguma conduta, ação ou omissão, não se pode deixar de levar-se em conta critérios objetivos.¹⁶

Além da questão acerca da culpabilidade, a visão puramente objetiva do tipo também não mais se enquadrava às hipóteses de caso concreto quando era procedida a análise da conduta. De acordo com uma teoria causalista, a conduta devia ser

¹³ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 400.

¹⁴ REALE JUNIOR, op. cit., p. 88.

¹⁵ Para uma análise do tema mais detalhadamente, verificar item 2.3 do presente trabalho.

¹⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 400.

analisada objetivamente, sendo o tipo analisado somente de acordo com a exteriorização da conduta. No entanto, não se pode pensar na exteriorização de uma conduta sem lembrar que há, em toda ação típica, uma vontade interior do sujeito, que pode apresentar-se de duas formas, dolosa ou culposa. Percebeu-se que não fazia sentido julgar um ato que se dizia ser contrário ao ordenamento jurídico, sem observar a vontade que levou à realização desse ato.

REALE JUNIOR destaca que:

Nem todos os elementos subjetivos do ilícito (...) pertencem à culpabilidade, tendo em vista a exigência da presença de determinada intenção particular a colorir a ação, para que esta se configure como típica. Os elementos subjetivos, portanto, se somam aos dados descritivos, objetivos como aspectos psicológicos especiais da ação, indispensáveis para a determinação da tipicidade.¹⁷

Foram Hellmuth von WEBER e Alexander GRAF ZU DOHNA que incorporaram o dolo e a culpa ao tipo, e transformaram a culpabilidade em reprovabilidade pura¹⁸, tendo sido eles os criadores da teoria final da ação, que foi plenamente desenvolvida por WELZEL.¹⁹

Neste sentido confirmam ZAFFARONI e PIERANGELI, que:

A partir da década de 30, a formulação deste esquema começa a aperfeiçoar-se por obra de Hans Welzel, que se volta decididamente ao esquema aristotélico, a partir da afirmação – a nosso juízo muito certa – de que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária, e toda vontade tem um fim. Esta é a chamada teoria finalista da ação, por oposição à teoria causalista, que é a que dá origem às estruturas anteriores.²⁰

Para esta teoria, de acordo com os ensinamentos de ROXIN, a essência da ação está no fato de que, mediante a antecipação mental da conduta, e a correspondente seleção dos meios, o homem controla o curso do fato dirigindo-se a

¹⁷ REALE JUNIOR, op. cit., p. 48.

¹⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 401.

¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p.34.

²⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 401.

um determinado objetivo²¹. E em consequência disso, percebeu-se que o dolo não poderia ser entendido como forma de culpabilidade, pois apresentava-se como uma maneira de se direcionar a conduta, e por isso deveria ser considerado como elemento do tipo.

Destarte, a ação que se caracteriza como típica não é um simples processo causal, mas é um processo regido também pela vontade. Nos termos de MUÑOZ CONDE:

(...) tanto o dolo como a culpa, enquanto conteúdos da vontade, devem ser levados em conta na hora de estabelecer-se o tipo de injusto, sem prejuízo de que outros elementos e matizes subjetivos, além do dolo e da culpa, tenham que ser examinados posteriormente para comprovar a subsistência da antijuridicidade (elementos subjetivos das causas de justificação) ou da culpabilidade (conhecimento da antijuridicidade).²²

Diante do que foi exposto acerca da tipicidade, importa destacar que as condutas realizadas em situação de estado de necessidade são sempre típicas, e desta forma, não será a tipicidade que excluirá o caráter criminoso da conduta que pretende salvar um bem jurídico, nos termos do artigo 24 do Código Penal.

Por outro lado, somente será analisada a presença do estado de necessidade se a conduta for típica, caso contrário, isto é, se o comportamento do agente for atípico, nem há necessidade de discutir a excludente em questão.

2.2 Ilícitude

A ilicitude é o segundo extrato analítico do crime, definido como o juízo de contradição entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Conforme foi mencionado, de acordo com a visão tripartida do crime, em que cada elemento posterior pressupõe o anterior, a tipicidade constitui indício da ilicitude.

²¹ ROXIN, op. cit., p. 199.

²² MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 57.

Entretanto, antes da criação da figura da tipicidade, a conduta delituosa era analisada somente sob a perspectiva objetiva da antijuridicidade e subjetiva da culpabilidade.

A formulação da antijuridicidade como elemento autônomo, conforme explica Cezar Roberto BITENCOURT, deve sua origem, sobretudo, a Rudolph von JHERING, no ano de 1867. Porém, somente no ano de 1884 foi que desenvolveu pela primeira vez, claramente, a separação entre antijuridicidade e culpabilidade, de acordo com critérios objetivos e subjetivos.²³

JHERING iniciou seu estudo ao observar que deveria haver diferença no tratamento entre o possuidor de boa-fé e o ladrão; pois para este, a ação além de ser contrária ao direito, era também culpável. Contudo, para o possuidor de boa-fé, apesar de haver a contrariedade ao direito (antijuridicidade), não era uma conduta culpável, pois não se lhe podia reprovar por estar em posse da coisa alheia, por não haver a existência do elemento subjetivo. E a existência da culpabilidade, neste sentido, justificaria a imposição de outras consequências jurídicas, inclusive, e principalmente, as sanções penais respectivas.²⁴

Assim é que surgiu pela primeira vez, de forma clara e esquematizada, a antijuridicidade separada da culpabilidade, representando a fração objetiva e subjetiva do fato delituoso. respectivamente.

Hoje, a antijuridicidade possui novas características e peculiaridades, que serão demonstradas a seguir.

Antes do início do estudo acerca da ilicitude, vale ressaltar uma questão terminológica que se observa na literatura sobre o tema, que no entanto não se limita a um problema de nomenclatura, visto que atinge o seu próprio conceito, e a situação do delito como ato ilícito.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 114-115

²⁴ *Ibid.*, p. 115.

Muitos autores utilizam os termos *antijuridicidade* e *ilicitude* como sinônimos.²⁵ Contudo, quanto à utilização aleatória desses termos deve-se explicar o seguinte:

O crime, assim entendido, é uma conduta que foi tipificada pela legislação penal, e desta forma, sendo incluída no ordenamento jurídico através da tipificação da conduta, é um *ente jurídico*. Por isso não podemos falar que a conduta criminosa é também antijurídica. Além disso, é o direito que diz qual é a conduta criminosa, apresentando o preceito implícito, contrário ao exposto no tipo. Essa construção é específica do direito penal. A título de exemplo, podemos citar o tipo do artigo 121 do Código Penal: “matar alguém”. O preceito implícito é “não matar”, caso contrário será aplicado ao autor da conduta a sanção expressa no mesmo dispositivo. Se o indivíduo age e sua ação ou omissão se subsume exatamente ao tipo estabelecido, e sendo o tipo um ente jurídico, a ação será, outrossim, jurídica. Neste sentido leciona Luiz Alberto MACHADO:

*É jurídico o valor e o desvalor. Quando alguém aperfeiçoa, com a sua conduta, um tipo, está agindo de forma jurídico-penalmente relevante. Sua conduta não é antijurídica, mas juridicamente desvalorada. O crime é um ente jurídico: assim, quem o comete não age anti, mas juridicamente. É claro que o valor jurídico do crime é negativo e, por agir jurídico-penalmente, o autor censurável sofre a sanção retributiva, própria do Direito Penal.*²⁶

Destaca Francisco de Assis TOLEDO, que com a reforma penal da lei brasileira em 1984, o código adotou acertadamente o termo *ilicitude* em diversas situações, como por exemplo, no artigo 21, onde fala em *erro sobre a ilicitude do fato*, e no artigo 23, quando fala das hipóteses de *exclusão de ilicitude*. O mesmo autor atribui o “equivoco lingüístico” à “*importação de uma tradução pouco precisa da palavra composta alemã Rechtswidrigkeit, que significa, literalmente, contrariedade ao*

²⁵ Euclides Ferreira da SILVA JUNIOR, v. g., não diferencia os dois vocábulos, dizendo que “*antijuridicidade, como o próprio nome demonstra, etimologicamente, significa a contrariedade (anti) ao que é direito (jurídico). É portanto, sinônimo de ilicitude.*” (**Lições de direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, v.1, p. 141)

²⁶ MACHADO, op. cit., p. 120.

*direito (e não ao jurídico)*²⁷, quando, de fato, a ilicitude é o fato que é contrário ao ordenamento jurídico.

No entanto, tendo em vista que cada autor recorre a uma das expressões, alternadamente, ou a ambas, e tendo em vista que a doutrina estrangeira também faz uso da expressão antijuridicidade significando ilicitude com muita frequência, neste trabalho serão utilizadas as expressões antijuridicidade e ilicitude como sinônimas, muito embora deva ficar ressaltado que a melhor aplicação seria a da expressão ilicitude, conforme adoção pelo Código Penal.

Assim sendo, com relação ao conceito de antijuridicidade ou ilicitude, CIRINO DOS SANTOS explica que *“a antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos penais, como descrições de ações proibidas; as permissões são as causas de justificação, como situações especiais que excluem a proibição.”*²⁸

Não é suficiente que uma ação, para configurar crime, encontre sua descrição tipificada pelo direito penal. Após a verificação da tipicidade, faz-se necessária a constatação da ilicitude, através da verificação da ausência de justificação. Em outras palavras, deve-se observar se não há alguma norma permissiva da conduta, não somente no direito penal (artigo 23 do Código Penal), mas também em qualquer outro ramo do direito (direito comercial, administrativo, civil, etc), que retire o caráter ilícito da conduta, a qual então não se configurará como delituosa.

Tendo em vista esta íntima relação entre tipicidade e antijuridicidade, CIRINO DOS SANTOS²⁹ afirma ainda que *“a antijuridicidade da ação típica é determinada por um critério negativo: ausência de causa de justificação.”*²⁹

Diante disso, resta demonstrado o motivo pelo qual a verificação acerca da existência de alguma causa de justificação é um momento tão importante na análise

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p.160.

²⁸ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 148.

²⁹ Ibid., p. 149.

de uma conduta típica, eis que esta se verificará delituosa ou não após o juízo de apreciação das causas excludentes da ilicitude.

2.2.1 Antijuridicidade material e formal

Conforme anteriormente exposto, a verificação da existência ou não da ilicitude é o segundo passo para a análise dos elementos do crime, e neste sentido os autores discutem se a ilicitude deve ser considerada em seu aspecto meramente formal, ou se deve ser levado em conta o caráter material que ela implica.

De maneira geral, pode-se dizer que a antijuridicidade formal é aquela em que se verifica uma contradição entre a conduta realizada (comportamento humano) e a norma jurídica, e seria materialmente antijurídica a conduta humana que fere o interesse social (bem jurídico) protegido pela própria norma.³⁰ Pode-se dizer ainda que a antijuridicidade material exprime o caráter anti-social do crime³¹, pois possui a carga de desvalor da conduta que fere a um bem juridicamente tutelado.

ROXIN explica essa diferença da seguinte maneira: *“Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.”*³²

José FREDERICO MARQUES, defendendo uma posição de superior relevância da antijuridicidade material com relação à formal, afirma o seguinte:

*O enquadramento da conduta humana na descrição típica mostra apenas o contraste formal do ato praticado com os imperativos da lei – o que é insuficiente, uma vez que o antagonismo, que o crime revela, tem que ser efetivo e substancial. A adequação típica ficará vazia de conteúdo, como expressão formal da contradição entre a conduta humana e o Direito, se não for completada pela comprovação da antijuridicidade material dessa conduta.*³³

³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1., p. 309.

³¹ SILVA JUNIOR, op. cit., p. 142.

³² ROXIN, op. cit., p. 558

³³ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 103.

No mesmo sentido que FREDERICO MARQUES, defendendo uma concepção unitária de antijuridicidade, TOLEDO considera a ilicitude a *“relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.”*³⁴ Entende, portanto, que a ilicitude deve ser considerada em seu sentido material, e explica que a distinção entre ilicitude formal e material não tem razão de ser, já que o comportamento humano que se encontra em relação de antagonismo com a ordem jurídica, conseqüentemente também fere algum bem jurídico que é tutelado pelo ordenamento. Inclusive porque a essência da norma é exatamente esta: proteger um determinado bem jurídico que o legislador destacou dos demais em razão da necessidade de que cada indivíduo e a sociedade respeitem esse bem.

E por isso assevera ainda que a *contrariedade ao direito*, que é a essência do conceito de ilicitude:

...se caracterizará fundamentalmente por dois pressupostos, a saber: o primeiro, a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa (ação ou omissão), em antagonismo com o comando normativo (fazer o que está vedado ou não fazer o que está determinado); segundo, a existência concomitante de possíveis ou reais conseqüências danosas, sobre o meio social, dessa mesma conduta (lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado).³⁵

No mesmo sentido é o entendimento de ZAFFARONI e PIERANGELI, que afirmam que *“a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica.”*³⁶

Destacam ainda os supramencionados autores, que a divergência com relação à natureza da antijuridicidade, se formal ou material, surgiu como resultado da oposição, no começo do século, de duas correntes antagônicas do positivismo: o positivismo jurídico, que concebia a antijuridicidade como conceito legal (formal), e o

³⁴ TOLEDO, op. cit., p. 163.

³⁵ Id.

³⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 573

positivismo sociológico, que conceituava a antijuridicidade sociologicamente (antijuridicidade material)³⁷.

Quem pela primeira vez promoveu a distinção entre a antijuridicidade formal e material foi Franz von LISZT, que, muito embora tenha distinguido essas duas concepções, não concebia uma autonomamente à outra, pois LISZT sustentava que, para considerar a antijuridicidade material, haveria necessariamente que passar pela antijuridicidade formal, como uma “etapa prévia”³⁸.

No entanto, FREDERICO MARQUES aduz que a distinção proposta por LISZT é sem razão de ser, visto que a antijuridicidade formal se confundiria com a tipicidade, e unicamente a antijuridicidade material informaria o juízo de valor sobre a conduta típica. E é por isso que, como menção anterior, FREDERICO MARQUES admite apenas a antijuridicidade material como elemento integrante do crime, “*porque é ela que coloca o fato típico na esfera do ilícito penal.*”³⁹

ROXIN destaca ainda as conseqüências da antijuridicidade material, afirmando que a sua importância prática é tripla: permite realizar graduações do injusto⁴⁰, já que a antijuridicidade formal não permite aumentos nem distinções qualitativas; é útil para a interpretação do tipo em todos os casos em que a conduta poderia subsumir-se ao teor literal de uma norma penal, mas que materialmente, quer dizer, segundo o seu significado social, não estaria de acordo com o tipo do delito⁴¹;

³⁷ Ibid., p. 570.

³⁸ Id.

³⁹ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 104.

⁴⁰ Sobre o injusto, FRAGOSO distingue-o de antijuridicidade afirmando que “a antijuridicidade é a relação contraditória entre o fato típico e a norma. Injusto é a conduta ilícita em si mesma considerada.” (op. cit., p. 181); no mesmo sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI: “antijuridicidade é a característica que tem uma conduta de ser contrária à ordem jurídica; injusto penal é a conduta que apresenta os caracteres de ser penalmente típica e antijurídica. a antijuridicidade é uma característica do injusto. Não devemos confundir a característica como o caracterizado.” (Op. cit., p. 573)

⁴¹ Neste sentido aponta CIRINO DOS SANTOS que “a distinção é importante não só porque destaca a diferença entre antijuridicidade, como qualidade invariável que existe ou não existe na ação típica, e injusto, como substância graduável do conceito de fato punível, mas porque permite, em casos limites, descaracterizar a antijuridicidade formal, determinada pela mera literalidade da lei, com base na ausência ou insuficiência do conteúdo de injusto de certas ações socialmente adequadas, como a injúria no âmbito familiar, os jogos de azar de pequeno valor e, mesmo, pequenos presentes de final-de-ano a funcionários públicos, como carteiros, lixeiros, etc.” (Op. cit., p. 150)

além se ser decisivo para o desenvolvimento e a determinação das causas de justificação, principalmente as causas supralegais de justificação.⁴²

2.3 Culpabilidade

Não basta a realização de um fato típico e ilícito para que ao autor seja imposta a sanção nos termos de sua previsão pela lei penal. Para tornar-se punível, é indispensável que a conduta apresente um coeficiente pessoal de censurabilidade, de reprovação.

Existem casos em que o agente, muito embora tenha perpetrado um fato típico e ilícito, fica isento de responsabilidade penal. Nesta hipótese verifica-se a ausência do terceiro pressuposto do crime – a culpabilidade – cuja função, segundo MUÑOZ CONDE, “(...) *consiste, precisamente, em acolher aqueles elementos, que, sem pertencer ao tipo de injusto, determinam a imposição de uma pena*”.⁴³

Tais elementos, conforme os ensinamentos do mencionado autor espanhol, consistem na *imputabilidade* ou *capacidade de culpabilidade*, no *conhecimento da antijuridicidade do fato praticado*, e na *exigibilidade de um comportamento distinto*.⁴⁴

No entanto, antes da análise acerca dos elementos da culpabilidade, importa conhecer o conceito que alguns autores lhe atribuem.

Para o professor alemão Edmund MEZGER, “*La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.*”⁴⁵

ZAFFARONI e PIERANGELI apresentam definição de caráter normativo da culpabilidade⁴⁶, destacando o seguinte:

⁴² ROXIN, op. cit., p. 559-560.

⁴³ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 125.

⁴⁴ Ibid., p. 132.

⁴⁵ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, t. II, p. 1-2.

⁴⁶ Fala-se em concepção normativa da culpabilidade, a partir do momento em que se evolui da concepção da culpabilidade como um feito meramente psicológico, para uma concepção em que se considera a culpabilidade como situação fática valorizada normativamente. (MEZGER, op. cit., p. 4-5.)

*Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.*⁴⁷

Tal conceituação se funda basicamente no fato de que o sujeito poderia ter agido de maneira distinta à que agiu, sendo que nas circunstâncias apresentadas, era exigível que atuasse de forma diversa.

Com relação à referência do autor à *motivação* na norma jurídica, leciona MUÑOZ CONDE que é aí que reside o conceito material de culpabilidade, naquilo que ele chama de *função motivadora da norma penal*. Prossegue o autor espanhol nos seguintes termos, para explicar acerca dessa “função motivadora”:

*A norma penal se dirige a indivíduos capazes de se motivarem, em seu comportamento, pelos mandamentos normativos. O importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias opções possíveis: o importante é que a norma penal o motive, com seus mandatos e proibições, a abster-se de realizar uma dessas várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena. (...) A ‘motivação’, a capacidade para reagir frente às exigências normativas, é, segundo acredito, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada. Qualquer alteração importante dessa faculdade – qualquer que seja a sua origem – deverá determinar a exclusão ou, se não é tão importante, a atenuação da culpabilidade.*⁴⁸

Diante do que foi exposto, o enunciado da culpabilidade pode ser resumido da seguinte forma: *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*.

No entanto, é importante destacar que a culpabilidade somente assumiu esse conceito normativo,⁴⁹ baseado na reprovabilidade, recentemente, tendo o instituto evoluído desde seu conceito psicológico até o momento atual, que alguns autores analisam como um momento de crise do conceito de culpabilidade⁴⁹.

⁴⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 603.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 130-131.

⁴⁹ Neste sentido é a opinião de Cirino dos Santos, que destaca que “o atual conceito normativo de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura, que começa com o conceito psicológico do século XIX, evolui para o conceito psicológico-normativo no início do século XX, transforma-se em conceito normativo puro durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável; desdobramentos dessa crise são, por exemplo, novas propostas, como a teoria da responsabilidade normativa, compreendendo capacidade

O sistema clássico do crime se baseava na hipótese de que o injusto e a culpabilidade se comportavam como a parte externa e interna do delito. Em razão disso, todos os requisitos objetivos do delito pertenciam ao tipo e a antijuridicidade, enquanto que à culpabilidade cabiam os elementos subjetivos, que estabeleciam a relação psíquica do autor com o fato.⁵⁰ Sob esses fundamentos se desenvolveu o conceito psicológico de culpabilidade. No entanto, diante de diversas deficiências nesta conceituação, entre elas a impossibilidade de abranger situações de imprudência inconsciente, ou de anormal motivação da vontade (hoje definidas como hipótese de inexigibilidade de outra conduta), o conceito psicológico de culpabilidade foi abandonado.⁵¹

Diante das insuficiências da mencionada teoria, concebeu-se a culpabilidade como um extrato normativo da teoria do delito, e neste passo, como reprovabilidade do injusto. Assim procedeu FRANK, mas sem retirar o dolo e a culpa da culpabilidade. Desta maneira, a culpabilidade se revelava ao mesmo tempo uma relação psicológica e um juízo de reprovação ao autor da relação psicológica, caracterizando a teoria complexa da culpabilidade.⁵²

Nos termos de CIRINO DOS SANTOS, *“a redefinição da culpabilidade como reprovabilidade, proposta por FRANK, em 1907, inaugura o conceito normativo de culpabilidade, sob o argumento de que ‘um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém, se é possível reprová-lo sua realização’*.”⁵³

Prossegue o autor ressaltando que em seguida, em 1913, James GOLDSCHMIDT distingue entre norma jurídica (exigência de comportamento exterior) e norma de dever (exigência de atitude subjetiva em conformidade com a regra

de culpabilidade e conhecimento real ou possível do injusto, com o conceito de necessidade preventiva da pena, como categoria capaz de dar conta das situações de exculpação, que supõem a culpabilidade – porque somente autores culpados podem ser ex- ou desculpados –, mas que ainda são discutidas dentro do conceito de culpabilidade.” (Op. cit., p. 204-205)

⁵⁰ ROXIN, op. cit., p. 198.

⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 206.

⁵² ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 606.

⁵³ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 205.

jurídica).⁵⁴ Acerca dessa tentativa de separação entre culpabilidade e injusto proposta por J. GOLDSCHMIDT, destaca MEZGER que

GOLDSCHMIDT halla el punto de arranque de su tesis contraponiendo a la 'norma de derecho', que condiciona la culpabilidad y dotándola de una independencia interna; 'al lado (!) de toda norma de Derecho que exige del individuo el deber de conformar su conducta interna en la manera necesaria para poder corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior'; esta norma es precisamente la 'norma de deber'.⁵⁵

Com base nesta distinção proposta por GOLDSCHMIDT, fica definido, “(...) por um lado, o conceito de reprovabilidade como violação da norma de dever e, por outro lado, a idéia geral de exculpação como expressão de inexigibilidade de motivação conforme a norma de dever.”⁵⁶

No entanto, somente foi possível falar em conceito efetivamente normativo de culpabilidade a partir do momento em que transferiu-se o dolo e a culpa, localizados até então dentro da culpabilidade, para a tipicidade⁵⁷, funcionando como elementos subjetivos do tipo.

Assim sendo, o conceito normativo de culpabilidade, nos termos expostos no início deste tópico, caracteriza-se pela seguinte estrutura: capacidade de culpabilidade (imputabilidade), consciência (real ou potencial) da ilicitude e exigibilidade de comportamento diverso – e com relação a esses elementos faz-se necessário tecer alguns breves comentários.

A imputabilidade é a capacidade de entender e de querer do agente. Por esta razão é que a imputabilidade constitui um verdadeiro pressuposto para a culpabilidade. CIRINO DOS SANTOS a explica como *capacidade de culpabilidade*, que segundo ele constitui “*atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender*

⁵⁴ Ibid., p. 206-207.

⁵⁵ MEZGER, op. cit., p. 15

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 207.

⁵⁷ Com os trabalhos de Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna e Hans Welzel, no decorrer da década de 30.

*a natureza proibida de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão.*⁵⁸

Importante destacar que a lei penal brasileira, de acordo com o artigo 27 do Código Penal⁵⁹, determina a idade de 18 anos como marco do desenvolvimento biológico mínimo para atribuição da capacidade de culpabilidade.

No entanto, afora este marco legal baseado na idade, o artigo 26 do Código Penal estabelece critérios diversos do cronológico, com base no desenvolvimento mental do indivíduo, e capacidade de compreensão dos atos e da natureza proibida de alguns deles que o ordenamento jurídico destacou através dos tipos penais. O *caput* do mencionado dispositivo trata das hipóteses de incapacidade absoluta de culpabilidade⁶⁰, e o parágrafo único deste mesmo dispositivo refere-se às hipóteses de capacidade relativa de culpabilidade⁶¹.

Não só da análise da imputabilidade depende a culpabilidade, havendo ainda dois outros elementos para formar o juízo de valor negativo ou de reprovação do autor.

Os autores referem-se também à necessidade de que o agente possua a consciência, podendo esta ser real ou potencial, da ilicitude da sua conduta.

Ora, se não há conhecimento, por parte do agente, da proibição imposta pela lei penal, não há motivo para que ele se abstenha do que fez. Não pode incidir o juízo de reprovação se, no caso concreto, ao agente capaz não era possível saber que estava agindo de maneira contrária ao que dispõe o ordenamento jurídico. Por esta razão é que é exigido o conhecimento mínimo, não necessariamente *real*, mas apenas *potencial*, acerca da ilicitude do fato.

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 215.

⁵⁹ **Art. 27.** Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

⁶⁰ **Art. 26. É isento de pena** [exclui-se a culpabilidade] o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (destaques acrescentados)

⁶¹ **Parágrafo único.** A pena pode ser **reduzida** de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (destaques acrescentados)

Vale ressaltar, contudo, que não se trata de conhecimento técnico da norma jurídica, nem mesmo do conhecimento diferenciado de acordo com as normas culturais de cada região ou país. O conhecimento do proibido deve ser interpretado como aquele que está ao alcance de qualquer pessoa capaz, com acesso aos meios de informação, pois este proibido revela-se contrário às mais elementares normas que regem a convivência humana.

Sintetizam ZAFFARONI e PIERANGELI que *“o que se requer é a possibilidade do conhecimento, denominada ‘valoração paralela na esfera do profano’, que é a possibilidade de conhecimento análogo ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos legais.”* Prosseguem esclarecendo que *“...basta o conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, sem que seja necessário o conhecimento da penalização da conduta.”*⁶²

Quando o agente desconhece a ilicitude de sua conduta, atua em erro de proibição. De acordo com o artigo 21 do Código Penal, o erro pode ser inevitável⁶³, situação na qual há isenção da pena, pela exclusão da culpabilidade, ou pode ser evitável⁶⁴, caso em que poderá haver redução da pena do agente.

Quando o autor desconhece algum dos elementos que constituem o tipo penal, acreditando ser o seu comportamento atípico, realiza o erro de tipo.

Com relação às mencionadas espécies de erro, estas serão analisadas mais adiante, quando da análise do erro nas situações justificantes (item 3.4), razão pela qual o assunto não será abordado mais detalhadamente neste momento.

Ademais do que foi exposto acerca dos “requisitos” da culpabilidade, os autores ainda destacam como terceiro elemento a exigibilidade de comportamento diverso, que resumidamente pode ser explicado da seguinte maneira:

⁶² ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 623-624.

⁶³ **Art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

⁶⁴ **Parágrafo único.** Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O sentido de ordem e a proibição contidas na norma jurídica penal criam possibilidades reais de o agente agir conforme a norma jurídica.⁶⁵ Assim, o ordenamento jurídico fixa os níveis de exigência mínimos do cumprimento dos preceitos normativos, e esse cumprimento é um dever que se pode exigir, em tese, de todos os cidadãos. Fala-se, neste caso, de uma exigibilidade objetiva, normal ou geral⁶⁶.

No entanto, não pode o ordenamento jurídico impor o cumprimento de seus preceitos além dessa exigibilidade normal. Isto significa dizer que, ao lado desta exigibilidade objetiva, existe uma subjetiva ou individual, que segundo MUÑOZ CONDE, “... se refere a determinadas situações extremas em que não se pode exigir do autor concreto de um fato típico e antijurídico que se abstenha de praticá-lo, porque isso significaria um sacrifício excessivo para si mesmo.”⁶⁷

Neste passo, constitui fundamento para a exigibilidade de conduta diversa a *normalidade* das circunstâncias do fato. Situações *anormais* podem constituir, segundo CIRINO DOS SANTOS, hipóteses de exculpação que excluem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito: “...o autor culpável ou reprovável pela realização não-justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é exculpado pela comunidade jurídico-social, representada pelo Estado-juiz.”⁶⁸

Face ao exposto com relação aos elementos da culpabilidade, deve-se destacar as seguintes conclusões:

Nos casos em que há *incapacidade de culpabilidade (inimputabilidade absoluta)*, bem como nas hipóteses em que há *inevitável desconhecimento da ilicitude do fato*, a culpabilidade pode ser **excluída**; nas situações de *capacidade relativa da culpabilidade (imputabilidade relativa)*, ou de *evitável desconhecimento da ilicitude da conduta*, a culpabilidade pode ser **reduzida**; finalmente, em situações de *anormalidade*

⁶⁵ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002, p. 159.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 161.

⁶⁷ Ibid., p. 162.

⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 252.

das circunstâncias do fato, que fundamentam a idéia de inexigibilidade de outra conduta, o agente pode ser **exculpado**.⁶⁹

Importante dizer que, no presente trabalho, não se intenta aprofundar o estudo do instituto da culpabilidade, pois se assim o fizesse, dezenas de páginas deveriam ser escritas para explicar este extrato que é o mais debatido da teoria do delito. Tendo em vista o tema central do trabalho, que é o estado de necessidade justificante, não se pretende realizar um amplo desenvolvimento acerca da culpabilidade, mas somente o suficiente para a compreensão de sua função e importância na teoria do crime.

Ademais, revela-se essencial, a análise da distinção entre a ilicitude e a culpabilidade, especialmente pelos efeitos da ausência de um e outro elemento na constituição de um fato típico.

Destarte, primeiramente cabe ressaltar que atua de maneira ilícita aquele que, sem estar acobertado por uma norma permissiva da conduta, e portanto, sem estar autorizado, realiza a conduta descrita em um tipo penal, e com isso ataca um bem juridicamente tutelado. Atua, contudo, “culpavelmente” (com culpabilidade), aquele que, *apesar de poder atuar conforme o direito*, atua em desconformidade com este, isto é, de forma ilícita.

No caso de ausência da *ilicitude*, há somente uma aparente situação de injusto, pois a situação é justificada em razão da existência de uma norma permissiva, que autoriza a realização de determinada conduta típica. Já no caso em que falta a *culpabilidade*, não há uma permissão pelo direito para que o agente praticasse determinada conduta, pelo contrário; porém, não poderia o direito exigir do autor do fato criminoso que não fizesse o que fez, que não tivesse praticado o injusto. Em ambos os casos a pena deixa de ser aplicada: na primeira hipótese, porque o crime não se constitui plenamente, em razão do fato ser considerado lícito; na segunda

⁶⁹ Ibid., p. 204.

hipótese, porque não se podia exigir do sujeito que atuasse de maneira diversa à qual atuou.

Nos termos de ZAFFARONI e PIERANGELI:

*Na justificação, há uma situação conflitiva que o direito deve resolver, concedendo uma permissão. porque se não o fizesse o seu objetivo geral ficaria prejudicado. Na inculpabilidade, há uma situação em que somente se exclui a reprovação, porque não se pode exigir do autor outra conduta, mas se reconhece, perfeitamente, que seu comportamento afetou a finalidade geral da ordem jurídica.*⁷⁰

A distinção entre justificação (ausência da ilicitude do fato típico) e exculpação (ausência da culpabilidade do injusto), será melhor exposta nos itens 4.3 e 4.3.1 do presente trabalho.

⁷⁰ Ibid., p. 605.

3 CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Após esta breve análise acerca da teoria do crime, e em especial da antijuridicidade ou ilicitude, que é o elemento essencial para o estudo do tema proposto (estado de necessidade **justificante**), e de que maneira esse elemento coloca o fato típico dentro da esfera de ilicitude penal, deve-se ter em mente que para que seja considerado crime, não basta que o fato típico seja caracterizado como ilícito, mas é necessário também, que ele não se enquadre em nenhuma das hipóteses de exclusão da ilicitude, isto é, não pode haver norma permissiva que legitime a conduta aparentemente delituosa.

Desta maneira, sendo a tipicidade indicio da ilicitude sobre o fato, ou, nas palavras de REALE JUNIOR, se a tipicidade legitima a dúvida sobre a ilicitude do fato⁷¹, resta verificar se há ou não alguma causa de exclusão da ilicitude, que elimine então o caráter antijurídico da conduta. Consoante a explicação de FREDERICO MARQUES, *“da tipicidade à antijuridicidade, existe, ‘prima facie’, uma conclusão provável que se torna segura quando consta e se verifica que nenhum preceito contrário exclui a ilicitude.”*⁷²

Diante disto, pode-se observar que o estudo das causas excludentes de ilicitude, ou causas justificativas, ou ainda denominados tipos permissivos, é um passo essencial para constatar definitivamente o caráter criminoso da conduta.

Para a aplicação do tipo permissivo, ou das causas de exclusão de ilicitude, é pressuposto necessário que haja uma conduta tipificada, em um tipo proibitivo. E o que o direito penal fez foi selecionar, entre os tipos proibitivos que individualizam condutas ilícitas, situações em que tais condutas são permitidas. Desta forma, as causas justificativas legitimam a conduta, tornando-a *secundum jus* (conforme o direito)⁷³.

⁷¹ REALE JUNIOR, op. cit., p. 42

⁷² FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 75.

⁷³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal: Curso completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101.

Fernando Pinto COLMENERO justifica a existência das normas permissivas pelos seguintes fundamentos: afirma que o Estado, com a instituição da Justiça Pública, retirou do particular a obrigação/poder/dever de fazer justiça com as próprias mãos. Diante disso, o direito procurou regular as mais diversas relações humanas, e para a garantia da paz social, foi necessário que o direito penal elegeisse algumas condutas como mais ofensivas aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, e aplicasse àqueles que realizem tais condutas, sanções retributivas. Entretanto, tendo em vista que o Estado não pode ser onipresente e onipotente, em certas situações ele delega ao particular (ao indivíduo), através de preceitos permissivos, *“o poder/dever (poder = legítima defesa, direito de necessidade e exercício regular do direito; dever = estrito cumprimento do dever legal) de agir para evitar um resultado lesivo ou danoso a um bem ou interesse, próprio ou alheio, juridicamente protegido. Tais normas (tipos permissivos) são as causas de exclusão da ilicitude.”*⁷⁴

Günther JAKOBS afirma que *“las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido.”*⁷⁵ No mesmo sentido é a explicação de FREDERICO MARQUES, dizendo que as justificativas penais *“se apresentam como causas de licitude do ato praticado, pois tornam lícita a conduta, muito embora esta se encontre prevista em descrição típica.”*⁷⁶

René Ariel DOTTI afirma ainda que as causas justificantes devem ser consideradas como cláusulas de garantia social e individual. Isso porque *“quem pratica o fato nas situações descritas pelo art. 23 do CP está protegendo um direito individual (próprio ou de terceiro) e, também, um interesse coletivo, posto que a sociedade reprovava os comportamentos ilícitos causadores de perigo ou lesão.”*⁷⁷

⁷⁴ COLMENERO, Fernando Pinto. Direito de necessidade: uma visão luso-brasileira. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 90, nº 783, jan./2001, p. 512.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995, p. 419.

⁷⁶ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 113.

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 385.

Em face às considerações feitas, observa-se que, diante de uma conduta típica, deve ser verificado se a ação ou omissão realizada não estava legitimada por uma causa de exclusão de ilicitude, pois em assim sendo, os elementos necessários para compor o crime não estarão todos presentes, visto que a ação é somente aparentemente ilícita, em razão da existência de uma causa justificadora, que retira o caráter de ilicitude do fato.

Vale destacar neste ponto entendimento divergente exarado por Luiz Alberto MACHADO, para o qual o tipo e a ilicitude formam uma única estrutura, aduzindo o seguinte:

*A ofensa ao preceito implícito traduz a elaboração do tipo e, ao mesmo tempo, antinormatividade. Sendo assim, desde logo, deve redundar na imposição da sanção retributiva penal, a não ser que a conduta seja tolerada ou permitida pelo direito. (...) Quando se atua aparentemente em conformidade com o tipo, porém, materialmente, em conformidade com o Direito, não se pratica o crime por atipia material da conduta.*⁷⁸

As causas excludentes da ilicitude estão presentes em todo o ordenamento jurídico. No direito penal, as causas justificativas encontram-se tanto na parte geral⁷⁹, como na parte especial, previstas em alguns tipos específicos, hipóteses que serão comentadas mais adiante.

3.1 Causas supralegais de justificação

Apesar de estarem previstas no ordenamento jurídico, muitos autores defendem a posição de que este rol de causas justificantes não esgota as hipóteses em que o caráter de ilicitude pode ser retirado da ação típica, e afirmam que há, paralelamente a estas, causas supralegais de justificação.

BITENCOURT destaca que, muito embora a lei penal brasileira tenha silenciado quanto à possibilidade de existência de causas supralegais de exclusão da

⁷⁸ MACHADO, op. cit., p. 121.

⁷⁹ **Art. 23.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

ilicitude, a doutrina e a jurisprudência admitem a sua viabilidade dogmática. E afirma que isso se justificaria porque o direito penal não pode ser estático e inflexível, e na medida em que a sociedade evolui, e diante do desenvolvimento de suas relações, o direito não conseguiria esgotar todas as hipóteses em que a conduta, embora típica, não se configuraria crime, não sendo possível prevê-las todas na legislação pátria⁸⁰.

Em razão do exposto é que Carlos CREUS afirma que as causas de justificação não podem ser regidas pelo princípio da legalidade, visto que algumas excludentes podem provir do costume, por exemplo⁸¹.

Por outro lado, outros autores aduzem não ser possível, ou sequer necessário, referir-se a causas supralegais de justificação no Brasil. Primeiramente, porque a idéia de causas não previstas pela legislação é oriunda do direito alemão, no qual tal posicionamento fez-se necessário, em razão da deficiência do código de 1870. Com relação ao tema, opina SOLER

*Comentávamos recentemente o que fez a dogmática alemã sobre código tão deficiente! E o equívoco que com isso se aiastrou em grande parte da América Latina, porque se confundiu a extraordinária genialidade e excelência da dogmática alemã, que sobre um documento bastante deplorável construiu um monumento de sabedoria jurídica precisamente para suprir essas deficiências, e esta dogmática germanizada que nós usamos tanto.*⁸²

O autor se refere nesta passagem do seu trabalho ao fato de que é uma prática comum no direito brasileiro importarem-se institutos do direito estrangeiro porque atingiram seus objetivos em seu país de origem, imaginando-se que serão plena e facilmente recepcionados pelo ordenamento pátrio. No entanto, não se indaga acerca da sua real utilidade quando fazem isso. E seria essa a situação das causas supralegais de justificativa. Na opinião de ZAFFARONI, costuma-se importar teorias da Alemanha como se fossem última tecnologia, como se fossem “o último modelo da Volkswagen”. No entanto, alerta que tais teorias, na sua origem, tiveram um marco

⁸⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 126.

⁸¹ CREUS, Carlos. **Derecho penal: Parte general**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 301.

⁸² SOLER, op. cit., p. 11.

político. E ao alienar os conceitos alemães, muitas vezes alienamos também este momento político, ao invés de adaptar a tecnologia às necessidades construtivas que vivenciamos⁸³.

O que ocorre, portanto, é que no código alemão de 1870, as causas de exclusão de ilicitude não teriam sido plenamente desenvolvidas, de modo que os juristas alemães tiveram que encontrar uma solução para o problema que se lhes apresentava.

No entanto, as causas previstas pela lei brasileira não apresentam o mesmo problema de deficiência do código alemão. Neste sentido, afirma BITENCOURT que *“as lacunas que apresenta o Direito Penal germânico não ocorrem no Direito brasileiro, pois normalmente essas situações estarão abrangidas ou pelo exercício regular de um direito ou pelo estrito cumprimento do dever legal.”*⁸⁴ Por outro lado, completa sua opinião afirmando que, mesmo sobrando pouco espaço para a ocorrência de alguma excludente supralegal, pode-se indicar o *consentimento do ofendido*⁸⁵ como uma hipótese de causa justificante não prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro⁸⁶.

Em sentido contrário é a opinião de ZAFFARONI e PIERANGELI, os quais afirmam que a teoria da justificação supralegal é totalmente desnecessária no nosso país, pois

...nosso Código Penal tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, que implica a remissão às demais disposições permissivas existentes em qualquer outra parte da ordem jurídica.) Com essas disposições, não necessitamos de recorrer às causas supralegais, porque a mesma lei que autoriza a decidir de acordo com a

⁸³ Comunicação pessoal do autor em Aula Magna ministrada no Instituto de Ensino Prof. Luiz Flávio Gomes, em 14 de agosto de 2004.

⁸⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 126.

⁸⁵ Afirmar BITENCOURT que “o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida se adeque a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento do ofendido opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, como, por exemplo, nos crimes de cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc.” (Op. cit., p., 139)

⁸⁶ No mesmo sentido é a opinião de TOLEDO, que defende a existência, no direito brasileiro, do consentimento do ofendido como causa supralegal de justificação. Reconhece, no entanto, que “entre nós, a inclusão, no Código Penal, como causas legais, o exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal, inexistentes no Código alemão, fez com que tais causas operem como verdadeiros gêneros das mais variadas espécies de normas permissivas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas.” (Op. cit., p. 172.)

*analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).*⁸⁷

3.2 Regras comuns às causas de exclusão de ilicitude

Reinhart MAURACH aponta algumas generalidades no tocante às causas justificantes, já que, independentemente das peculiaridades de cada hipótese, há elementos e conseqüências que são coincidentes a todas às causas excludentes de ilicitude⁸⁸.

Em primeiro lugar MAURACH afirma que toda causa justificante constitui um *direito*, e o seu titular pode exercê-lo quando e se necessário, mediante o uso adequado da força. No mesmo sentido é o entendimento de Julio Fabbrini MIRABETE, o qual afirma que o estado de necessidade, especificamente, configura um direito, não contra o interesse do lesado, mas com relação ao Estado, que concede esse direito ao sujeito por meio da norma penal.⁸⁹

No entanto, contrária é a opinião de E. MAGALHÃES NORONHA, para o qual as causas de justificação constituem uma *faculdade*, e não um direito.⁹⁰ Justifica tal assertiva dizendo que a um direito sempre corresponde uma obrigação, e no caso de estado de necessidade por exemplo, não se impõe que a pessoa ofenda o direito alheio. No mesmo sentido é a opinião de BITENCOURT, que com relação ao estado de necessidade afirma que há uma faculdade do indivíduo de optar por deixar padecer o seu interesse juridicamente protegido, ou atacar o interesse oposto, igualmente tutelado pela ordem jurídica.⁹¹ NELSON HUNGRIA, especificamente no que concerne ao estado de necessidade, afirma que “*no estado de necessidade, entrando em*

⁸⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 571.

⁸⁸ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: Parte general**. 7. ed. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, v. 1., p. 430.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 169.

⁹⁰ MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1., p. 194.

⁹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 132.

*conflito bens ou interesses que merecem igualmente a proteção jurídica, é concedida a faculdade da própria ação violenta para o salvamento de qualquer deles.”*⁹²

MAURACH afirma que não há participação punível nas ações típicas legitimadas por uma causa de exclusão de ilicitude. Da mesma maneira opina MIRABETE, para o qual a justificativa estende-se para os co-autores ou partícipes, no caso de estado de necessidade, desde que se trate de um mesmo fato típico.⁹³ Porém ressalta que isso não ocorre quando o fato único configura tipos diversos para os agentes, como no caso do reconhecimento do estado de necessidade da gestante que consentiu no aborto (art. 124), e da exclusão da justificativa na conduta daquele que lhe provocou o aborto (art. 126).

MAURACH aponta ainda que a provocação intencional de uma situação que permite invocar uma causa excludente de ilicitude exclui a justificante do feito provocado.⁹⁴ Neste ponto alguns autores asseveram que mesmo a provocação não intencional, oriunda de um ato de imperícia, imprudência ou negligência, acarretaria a impossibilidade do agente invocar a excludente de ilicitude em seu favor, devendo ele suportar a ação que provocou culposamente. MAGALHÃES NORONHA, adepto do entendimento de que o ato culposo impede a invocação das causas de justificação, destaca que no mesmo sentido sustentam HUNGRIA e FREDERICO MARQUES, e de outro lado, cita BASILEU GARCIA, ANÍBAL BRUNO e COSTA E SILVA como partidários da corrente que entende que a provocação culposa da situação não obsta a aplicação dos tipos permissivos⁹⁵. No entanto, esta questão será melhor analisada quando forem apresentados os requisitos objetivos para caracterização do estado de necessidade, no item 4.4.1.

⁹² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. II, p. 272.

⁹³ MIRABETE, op. cit., p. 172.

⁹⁴ MAURACH, op. cit., p. 431.

⁹⁵ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 195-196.

3.3 Elementos subjetivos nas causas de exclusão de ilicitude

Para a aplicação de qualquer das causas de exclusão de ilicitude, não é suficiente a presença de elementos objetivos gerais e os específicos de cada tipo permissivo. A esses, deve-se somar o elemento subjetivo da justificação, por meio do qual tenha o autor reconhecido que estava acobertado por uma situação justificante objetivamente existente, que retiraria o caráter ilícito da ação aparentemente típica.

BITENCOURT destaca, neste sentido, que *“não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio.”*⁹⁶ Neste sentido, o agente deve possuir um “dolo” de agir em conformidade com o direito. Essa consciência de atuar nos moldes de um tipo permissivo elimina o desvalor da ação.

Para explicar essa exigência, CIRINO DOS SANTOS adverte que se a ação típica possui elementos objetivos e subjetivos, para o reconhecimento de uma ação típica justificada também deverão concorrer elementos objetivos e subjetivos, isto é, tanto o tipo proibitivo como o tipo permissivo exigem a concorrência de elementos objetivos e subjetivos⁹⁷.

Desta forma, se o agente, ao atuar de acordo com um tipo permissivo, não possui a consciência de que está agindo em conformidade com o direito, o desvalor da ação subsiste.

Há discussão acerca de como agir diante de uma situação em que estão presentes os elementos objetivos do tipo permissivo, porém em que não há concorrência dos elementos subjetivos. Com relação ao tema, afirmam ZAFFARONI e PIERANGELI que

A admissão dos elementos subjetivos do tipo permissivo é algo que está majoritariamente aceito na doutrina mais moderna. Há divergências a respeito das soluções para o caso em que se configurasse apenas o aspecto objetivo do tipo permissivo, faltando seu aspecto subjetivo. Para os partidários da teoria do injusto objetivo em geral, a solução está em sancionar a conduta

⁹⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 127.

⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS. op. cit., p. 154.

*cometida nessas situações como uma tentativa, porque consideram que o resultado está justificado. Do nosso ponto de vista não podemos sustentar a existência de resultados justificados, e sim de condutas justificadas, de modo que não estando justificada a conduta típica, a tipicidade se mantém em toda sua extensão e a antijuridicidade corresponde a um injusto de consumação.*⁹⁸

A doutrina, bem como a jurisprudência pátria, é majoritária em admitir a exclusão da ilicitude somente se estiverem presentes os pressupostos objetivos em conjunto com os pressupostos subjetivos de cada tipo permissivo.⁹⁹ Assim, a mulher que atira no ladrão que está entrando na sua casa, pensando estar atirando no marido que retorna de madrugada de mais uma noite de boemia, não tem a consciência de que sua ação estaria acobertada pelo direito, pois não sabia que quem entrava em sua casa era o ladrão e não o marido, e por isso age com dolo não justificado de homicídio¹⁰⁰.

No entanto, resta uma discussão acerca dos elementos subjetivos do tipo permissivo, que consiste em saber se é suficiente que o agente tenha *consciência* de que está agindo sob a permissão de uma causa justificante, ou se além disso é necessário que exista *vontade* de agir de acordo com a regra permissiva do direito.

DOTTI entende que não importam para a configuração das excludentes que o agir tenha sido motivado unicamente pela vontade de defender-se, ou salvar-se. Assevera que:

*...não importam a natureza e a direção da vontade para que se reconheçam as causas de justificação, que não exigem o requisito da vontade coincidente com o propósito de exercer o direito, como ocorre, por exemplo, com a legítima defesa. Ao desejo de se defender o agente poderá juntar outro fim como o de vingança. O Direito aspira unicamente que o agente se comporte segundo as suas prescrições, não importando porque o faz. Por isso, para se reconhecer uma causa de justificação, basta que o agente tenha conhecido e querido a situação de fato em que esta consiste, os motivos que acompanham a vontade de concreção à norma permanecem irrelevantes.*¹⁰¹

⁹⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI. op. cit., p. 576.

⁹⁹ Em sentido contrário é a opinião de SILVA JUNIOR, para o qual o elemento subjetivo não é necessário para caracterizar a excludente de ilicitude, afirmando que “*não há que se falar em perquirir qualquer outro elemento que não seja o resultante da comparação entre o fato praticado e a legislação posta*” e completa dizendo que “*a falta de elementos subjetivos no fato típico não infirma o caráter objetivo da antijuridicidade. Não tem sobre ele qualquer influência, pois, no tipo anormal, os elementos subjetivos são conditio sine qua non do fato típico e não da antijuridicidade.*” (Op. cit., p. 144.)

¹⁰⁰ Exemplo colhido da obra de Juarez Cirino dos Santos, op. cit., p. 155.

¹⁰¹ DOTTI, op. cit., p. 387.

No entanto, completa a afirmação relevando que alguns tipos permissivos exigem a vontade direcionada no mesmo sentido que a norma, exemplificando: “se a caracterização legal do estado de necessidade exige a vontade do sujeito dirigida a superar a situação do perigo atual, por ele não provocado (CP, art. 24), o mesmo já não sucede com a legítima defesa, cuja fórmula legal não indica tal direção de vontade (art. 25).”¹⁰²

ROXIN entende que para a aplicação de uma excludente de ilicitude é suficiente que o sujeito atue objetivamente nos moldes da justificação e subjetivamente com mero conhecimento da situação justificante. Para ele, destarte, não é necessário que o sujeito aja em virtude da finalidade da causa justificante¹⁰³.

Em sentido contrário é o entendimento de MAURACH, para o qual deve agregar-se aos elementos objetivos das causas de excludentes de ilicitude, pressupostos subjetivos, em que o agente reconheça que agiu de acordo com uma situação justificante, e tenha atuado em conformidade à finalidade desta situação¹⁰⁴. Assim, não poderá alegar legítima defesa, aquele que agiu sem o *animus defendendi*, isto é, quem não tinha a vontade de se defender de uma agressão que se sabia injusta; da mesma forma, só haverá justificação pelo estado de necessidade se o agente agiu com vontade dirigida à salvação do bem em perigo; outrossim, não se pode falar em exercício regular de um direito ou em cumprimento do dever legal se não havia a consciência de agir acobertado por tais excludentes¹⁰⁵.

¹⁰² Ibid., p. 387-388.

¹⁰³ Aduz ROXIN que “...para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho. La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de justificación. Quien derriba a golpes al agresor de una forma que se corresponde con el § 32 está por tanto justificado, aun cuando no le haya motivado la finalidad de defensa, sino la ira; quien en legítima defensa de terceros correcta lesiona al agresor actúa justificadamente, aun cuando lo que le importe sea no la protección de la víctima, sino el castigo o corrección del agresor; quien lleva a la víctima gravemente herida desde el lugar del accidente al hospital está amparado por el § 34, aun cuando no estuviera motivado por la finalidad salvadora, sino por la intención de eludir las pesquisas policiales” (Op. cit., p. 597-598)

¹⁰⁴ MAURACH, op. cit., p. 432.

¹⁰⁵ Neste sentido é também o entendimento de FRAGOSO (Op. cit., p. 185)

CIRINO DOS SANTOS entende que “*é possível admitir a suficiência do conhecimento (ou consciência) da situação justificante, como limiar subjetivo mínimo das justificações, mas a vontade (de defesa, de proteção, etc) é, sempre, a energia emocional que mobiliza a ação de defesa ou de proteção, informada pela esfera cognitiva do psiquismo individual.*”¹⁰⁶

3.4 O erro nas situações justificantes

Conforme esclarece BITENCOURT, “*o erro que vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto sobre a ilicitude da ação – erro de proibição.*”¹⁰⁷

Explica ainda que o erro de tipo essencial sempre exclui o dolo, elemento subjetivo do tipo, no entanto pode haver a punição por crime culposos, se o delito admitir a forma culposa, visto que a culpabilidade permanece intacta, conforme dispõe o Código Penal no artigo 20, *caput*¹⁰⁸. Desta forma, erro de tipo inevitável exclui o elemento tipicidade, diante da ausência do tipo subjetivo. Entretanto, somente existirá a atipicidade pela exclusão do dolo quando o erro for inevitável. Diante de um erro evitável, haverá punição pelo tipo culposos se existir previsão legal.

Por sua vez, o erro de proibição exclui a culpabilidade, pois recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta.¹⁰⁹

Como bem escreve BITENCOURT, há uma grande distinção entre o desconhecimento da ilicitude de um comportamento e o desconhecimento de uma norma legal. Sobre o tema, destaca o seguinte:

¹⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 155.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico-penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 47.

¹⁰⁸ **Art. 20.** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

¹⁰⁹ TOLEDO esclarece que “no erro de proibição, o dolo do agente nunca é afetado, sempre subsiste íntegro. O que se anula, por esta forma de erro, é a consciência da ilicitude do fato, excluindo-se, por via de consequência, a censura da culpabilidade, o agente quer o que faz, sabe o que faz, age com pleno dolo do fato, apenas desconhece o caráter proibido do seu agir.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 99)

*O erro de proibição adotado pela reforma penal de 1984 não tem o condão de ab-rogar a lei penal, em concreto, nem a isso se propõe, até porque geraria a insegurança jurídica e a instabilidade social. A lei continuará a ter validade para todos, que a conheçam ou não. Apenas, o erro poderá, em determinadas circunstâncias, ter reflexos na culpabilidade, como já os tem em alguns casos. Uma coisa é a presunção iuris tantum do conhecimento das leis, abstratamente consideradas; outra, é a aceitação do chamado erro de proibição (falta de consciência do injusto) e a sua escusabilidade, em certos casos. Assim, o erro de proibição cuida é da concreta ausência no agente, no momento da ação, da consciência da ilicitude de uma determinada conduta.*¹¹⁰

Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, com relação ao erro de proibição, *“quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada ao nível correspondente.”*¹¹¹

Explicam ainda que o erro de proibição pode ser direto, quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva, ou indireto, quando recai sobre a permissão da conduta, e este último pode consistir: a) na falsa suposição de existência de uma permissão que a lei não outorga ou b) na falsa admissão de uma situação de justificação que não existe (justificação putativa).

A regulação destas últimas, as discriminantes putativas, vem expressa no parágrafo primeiro do artigo 20 do Código Penal, o qual estabelece que *“é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a situação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”*

Desta forma, no que tange ao erro de tipo permissivo (discriminantes putativas), a maioria dos autores apontam-no como sendo um erro de proibição. Neste sentido é o entendimento de FRAGOSO, que afirma que *“o erro quanto à ocorrência de causa de exclusão da antijuridicidade (discriminante putativa) é erro de proibição (o agente supõe situação de fato que se existisse tornaria a ação legítima).”*¹¹² É o

¹¹⁰ BITENCOURT. *Erro...*, p. 49.

¹¹¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 639.

¹¹² FRAGOSO, op. cit., p.185.

caso de quem se imagina em situação de legítima defesa ou de estado de necessidade, erroneamente.

A título de exemplo, pode-se citar a situação em que o agente, diante de um inimigo que havia declarado a intenção de matá-lo, dispara sua arma contra ele, em razão daquele ter levado a mão ao bolso do casaco, em atitude suspeita. O agente imaginara que o adversário estava se preparando para sacar a arma e atirar, e assim, cumprir com a promessa de morte. No entanto, o mesmo somente levava a mão ao bolso para apanhar um lenço, de forma que quando o agente agiu atirando no inimigo, imaginava que estivesse realizando uma conduta permitida pelo direito (legítima defesa), quando na verdade, a conduta era ilícita.¹¹³

Para BITENCOURT, o erro de tipo permissivo configura um erro *sui generis*, e por isso chama-o de *erro eclético*, pois afirma que é um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto: tem a estrutura semelhante ao erro de tipo, porém a consequência assemelha-se à do erro de proibição¹¹⁴. Fundamenta-se no pensamento de Hans-Heinrich JESCHECK para afirmar que a similitude com o erro de tipo reside na estrutura da discriminante putativa, visto que também se refere a elementos normativos e descritivos de uma proposição jurídica. Por outro lado, aduz que a semelhança com o erro de proibição situa-se na sua consequência: não exclui o dolo do tipo, que não sofre nenhum prejuízo, já que o erro constitui-se somente na crença do autor de que a norma proibitiva é afastada, diante de um tipo permissivo da conduta.¹¹⁵

Importa ressaltar a contribuição de Alcides MUNHOZ NETTO, que adverte que, quando a lei estatui a punição por crime culposos na ocorrência de erro vencível em delito punível como fato culposos, somente está atribuindo a mesma consequência do delito culposos, no entanto não significa que a conduta estava revestida de culpa em sentido estrito.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ BITENCOURT, *Erro ...*, p. 65.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 68.

Diante disso, o referido autor escreve o seguinte:

O texto do citado dispositivo legal não leva a que se considere substancialmente culposos o crime cometido por vencível erro de fato sobre discriminante. Ao estatuir que, se o erro deriva de culpa, a este título responde o agente, quando o fato é punível como crime culposos, o § 1º, do art. 21, só estabelece a forma de punição de tais comportamentos, o que não equivale a declará-los revestidos de culpa em sentido estrito. Nem tal entendimento seria aceitável ante a sensível diferença que existe entre erro culposos e crime culposos: no erro culposos, a vontade dirige-se à realização de algo proibido, cuja antijuridicidade poderia ser captada com maior atenção; no crime culposos, a vontade orienta-se para um fim lícito ou até louvável sendo defeituosa apenas a respectiva execução. A diversidade de situações concerne à intencionalidade do resultado, já que, na hipótese de discriminante putativa fática com erro vencível, o resultado é querido (quem mata para defender-se de uma imaginária agressão quer a morte do suposto agressor), enquanto que no crime culposos o resultado nunca é querido, decorrendo de mera imprevisão ou se sua superveniência (culpa inconsciente) ou de sua inevitabilidade (culpa consciente).¹¹⁶

Não obstante as tentativas de se classificar as discriminantes putativas como erro de proibição ou erro *sui generis*, e assim, independentemente da natureza da discriminante putativa, o importante é saber a sua consequência: o direito isenta de pena se o erro for inevitável, afastando a culpabilidade dolosa e culposa da conduta; e se o erro for evitável, o fato será punível como crime culposos, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 20 do Código Penal.

3.5 O excesso nas causas de justificação.

De acordo com o que dispõe o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal¹¹⁷, quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se nos limites de qualquer das causas de justificação, deverá responder pelo excesso.

De acordo com os ensinamentos de BITENCOURT¹¹⁸, o Código Penal de 1940 não tinha originariamente esse dispositivo, limitando-se a prever a hipótese de excesso somente com relação à legítima defesa¹¹⁹. Entretanto, com a Reforma Penal

¹¹⁶ MUNHOZ NETTO. Alcides. Discriminantes putativas fáticas. **Revista de Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Nº 17/18, jan./jun., 1975, p. 19/20.

¹¹⁷ **Parágrafo único.** O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

¹¹⁸ BITENCOURT, **Teoria...**, p. 130.

¹¹⁹ Basileu GARCIA fazia uma crítica, neste sentido, ao Código Penal de 1940, dizendo que "a matéria do excesso devia ter disciplina unitária. Prever-se-iam as hipóteses de que o cumprimento do dever legal não fosse estrito, o exercício do direito não fosse regular. Aí deixamos sublinhados vocábulos inconciliáveis com a idéia de excesso, o que, porém, não impediria fossem contempladas

de 1984, ficou previsto o dispositivo acima mencionado, que dispôs acerca do excesso em qualquer das modalidades de excludente.

Para que ocorra o excesso, é necessário verificar, primeiramente, a existência de uma excludente, que em um segundo momento, revele-se excessiva. Este segundo momento de excesso pode ocorrer conscientemente pelo agente, de forma *dolosa*, se este, “*deliberadamente, aproveitar-se da situação excepcional que lhe permite agir, para impor sacrifício maior que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.*”¹²⁰ Neste caso, o agente será punido pelo cometimento da conduta dolosa¹²¹, pois extrapolou os limites que os tipos permissivos impõem.

Pode o excesso caracterizar-se como *culposo*, quando provocado involuntariamente pelo agente, numa segunda fase após estar acobertado por uma causa justificante. O excesso culposo decorrerá sempre de um erro, em que o agente não tem a consciência da desnecessidade da continuidade da conduta. Desta maneira, o agente que, na prática de uma conduta abrangida por um tipo permissivo, erra na consciência da necessidade da continuação da conduta e comete excesso culposo, somente será punido se houver previsão legal da modalidade culposa.

Com relação ao tema de excesso culposo, ZAFFARONI e PIERANGELI destacam que nesta situação, diante da definição de dolo do artigo 18 do Código Penal, não se pode falar que o “excesso culposo” seja uma conduta culposa, mas que o “culposo”, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado.¹²²

situações de imperfeita configuração da justificativa, merecedoras do intenso abrandamento penal.” (GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. v. 1. t. 1., p. 321)

¹²⁰ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 130.

¹²¹ Nesta questão BITENCOURT ressalva que poderá o agente beneficiar-se neste caso somente pela atenuante do art. 65, inciso III, letra “c”, do CP, ou com a minorante do art. 121, § 1º, CP, quando for o caso. (Id.)

¹²² ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 600.

4 ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE

Após uma breve exposição de alguns aspectos acerca das causas excludentes de ilicitude em geral, a partir deste momento serão apresentadas as principais características do estado de necessidade justificante especificamente. Não obstante, para uma melhor compreensão do tema, não há como deixar de lado o estado de necessidade exculpante; por esta razão, sobre este último serão feitas breves considerações, porém não com a intenção de esgotar o tema, mas sim de apresentá-lo como base de comparação ao estado de necessidade justificante.

4.1 Evolução histórica.

Conforme destaca MACHADO, o estado de necessidade como instituto autônomo não era conhecido em Roma.¹²³ Isto porque o direito romano, com relação ao tema, era casuista¹²⁴, e segundo BRUNO, somente em alguns casos, de que trata sobretudo a *Lex Rhodia de jactu*, se previa a hipótese, tendo como consequência a exclusão do crime. Assim se justificava o ato do capitão que descarrega a carga ao mar, para salvar o navio em perigo.¹²⁵

Prossegue BRUNO dizendo que a justificativa foi reconhecida pelos práticos do Direito intermédio, no entanto era limitado, em geral, à proteção do corpo ou da vida. Ressalta ainda que na Idade Média e em épocas posteriores, o furto famélico foi reconhecido como hipótese de estado de necessidade, e sobre o tema cuidaram não só os legisladores, como também juristas e teólogos.¹²⁶

Afirma, no entanto, que apesar do tratamento mais atento que se estava dando a esse instituto, o estado de necessidade ainda era visto como uma exceção que se aplicava a determinadas situações. Somente no Direito moderno é que o

¹²³ MACHADO. op. cit., p. 124.

¹²⁴ O brocardo romano *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei) faz transparecer a lacuna no direito romano acerca do estado de necessidade.

¹²⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 1, p. 388.

¹²⁶ Id.

estado de necessidade passou a ser tratado de maneira mais uniforme e com uma direção doutrinária mais claramente determinada, tornando tal justificativa um instituto autônomo e ao mesmo tempo sistematizado no quadro de discriminantes.

Atribui à doutrina alemã a criação do termo *Notstand* para designar o estado de necessidade, autonomamente aos conceitos com os quais se achava geralmente confundido, como coação moral ou força irresistível.

No entanto, conforme os ensinamentos de MAGALHÃES NORONHA, a Escola Clássica não explicava o estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude, tendo-o como excludente de imputabilidade, com a idéia de que o autor não age livremente, mas conduzido pela pressão de circunstâncias que produzem coação psicológica.¹²⁷

Hoje o estado de necessidade é reconhecido e considerado pelo Código Penal como uma causa de exclusão de ilicitude, sendo esta inclusive a nomenclatura adotada pelo código no artigo 23, após a Reforma Penal de 1984.

Contudo, vale ressaltar algumas modificações que as causas justificantes, e mais precisamente o estado de necessidade, sofreram desde o Código Criminal do Império, até o atual Código Penal vigente.

No Código Criminal do Império de 1830, recebiam a denominação de “crimes justificáveis” as circunstâncias que afastavam o caráter ilícito de uma conduta. Tal expressão era defendida “*sob o argumento que o preceito legal (art. 14, §§ 1º a 6º), não cuidava de uma causa ou circunstância que justifique o crime, mas do exercício de um direito que não pode sofrer imputação.*”¹²⁸

A regra que dispunha acerca do estado de necessidade não mencionava esta denominação especificamente. Destaca Marco Antonio de BARROS¹²⁹ que este dispositivo teve a característica de ser inovador e representou um grande avanço para

¹²⁷ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 193.

¹²⁸ BARROS, Marco Antonio de. As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 10, nº 37, jan./mar., 2002, p. 289.

¹²⁹ Ibid., p. 293.

a ciência penal daquela época, tendo em vista os padrões culturais e socioeconômicos da sociedade de então, inclusive porque antecipou o acolhimento da teoria de balanço de bens¹³⁰.

A abolição da escravatura em 1888, seguida da Proclamação da República exigiram um novo código criminal. Assim, em 1890 o novo código criminal foi convertido em lei.¹³¹

Basileu GARCIA destaca que o Código de 1890, com relação à configuração da justificativa do estado de necessidade, foi tão rígido quanto o de 1830, pois o regulava estabelecendo no seu art. 32, o seguinte: “*Não serão também criminosos: 1) os que praticarem o crime para evitar mal maior*”. Assim, destaca que havia a necessidade de desigualdade entre os bens em conflito, e que predominasse o interesse considerado de maior importância.¹³²

Finalmente, em 1940, foi aprovado um novo código penal, cuja parte especial, apesar de algumas modificações, continua em vigor até hoje. No entanto, tendo recebido muitas críticas acerca do seu caráter extremamente repressivo destacado por TOLEDO, a partir de 1963, Nelson HUNGRIA, Aníbal BRUNO e Heleno Cláudio FRAGOSO foram incumbidos da elaboração de um novo código, que mesmo depois de publicado em 1969, e tendo sido postergada sua vigência sucessivamente, foi revogado em 1978.¹³³

O código penal de 1969 destacou-se por uma inovação na legislação brasileira com relação ao tema das excludentes de ilicitude, especialmente no que tange ao estado de necessidade.

¹³⁰ A teoria do balanço de bens teve seu início traçado no século passado, por Binding, “que defendeu a legitimidade da ação realizada em situação de necessidade, por ser legítima a ação que salvaguarda o bem de maior valia – depois desenvolveu-se nos estudos dos penalistas franceses Moriaud e Marchand – que o tomaram como critério para solução de situações de necessidade, nas quais o sacrifício de um dos bens é imprescindível à salvação do outro –, e mais tarde ganhou plena acolhida na Alemanha, por meio da sua aplicação jurisprudencial.” (BARROS, op. cit., p. 293).

¹³¹ COLMENERO, op. cit., p. 506.

¹³² GARCIA, op. cit., p. 292.

¹³³ COLMENERO, op. cit., p. 506-507.

Isso porque, conforme ensina DOTTI, o Código Penal de 1969 consagrou a teoria diferenciadora, que faz distinção de tratamento, conforme se trate de bem jurídico de valor idêntico ou inferior ao bem ameaçado. Previa o estado de necessidade no artigo 25¹³⁴ como *excludente de culpabilidade*, que se inspira na inexigibilidade de outra conduta, no caso de sacrifício de direito alheio de maior valor que o bem protegido. Já no artigo 28¹³⁵, previa o estado de necessidade como *excludente de crime*, tratando de situações em que o bem protegido possuía valor consideravelmente menor que o bem sacrificado.¹³⁶ Com relação à teoria diferenciadora, esta será apresentada com maiores detalhes mais adiante, no item 4.3.1.

Em razão das diversas modificações sofridas pela sociedade brasileira no decorrer dos anos, com relação a regras de comportamento e a transformações sociais ocorridas, em 1984 foi realizada uma Reforma Penal, sendo editada a Lei nº 7.209, que colocou em vigor a nova Parte Geral do Código Penal.

Foi com essa reforma penal que o código passou a adotar a expressão “excludentes de ilicitude” no artigo 23, ao invés de “excludentes de criminalidade”.

Tal reforma não acolheu a orientação do código de 1969 no tocante à teoria diferenciadora¹³⁷, adotando a teoria unitária, que também será apresentada futuramente.

Contudo, o Código Penal Militar de 1969 acolheu a teoria diferenciadora. que na opinião de diversos autores, entre eles REALE JUNIOR, é na verdade a melhor solução.¹³⁸

¹³⁴ **Art. 25.** Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigida conduta diversa.

¹³⁵ **Art. 28.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu, ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

¹³⁶ DOTTI, op. cit., p. 392-393.

¹³⁷ BITENCOURT afirma que foi um retrocesso a Reforma Penal de 1984 não ter adotado a teoria diferenciadora, visto que esta teoria oferece melhores condições para uma decisão mais justa, pois ora exclui a ilicitude, ora exclui a culpabilidade. (*Teoria...*, p. 133-134).

Após uma breve exposição da evolução (e retrocesso) do estado de necessidade desde o Código Criminal do Império até o atual Código Penal, passemos ao conceito do instituto.

4.2 Conceito

O Código Penal dispõe sobre o estado de necessidade em seu art. 24, estabelecendo o seguinte: “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*”

Independente do que o código de cada país estabelece como requisitos para a excludente, os autores conceituam de forma ampla o estado de necessidade. Entende MAURACH que o estado de necessidade pode ser conceituado como “*un estado de peligro actual para intereses reconocidos*”¹³⁹, *el que sólo puede ser superado mediante la lesión de intereses reconocidos de um tercero*”.¹⁴⁰

Para FREDERICO MARQUES “*o estado de necessidade tem por “abstractum” uma situação de perigo para determinado bem jurídico, que somente pode salvar-se mediante a violação de outro bem jurídico*”.¹⁴¹

¹³⁸ Não obstante, nem todos os autores pensam que a adoção da teoria diferenciadora seria a melhor opção, e neste sentido, Délio MAGALHÃES afirma que “(...) *inconveniente foi a distinção entre estado de necessidade como excludente de culpa e estado de necessidade como causa de exclusão de crime, para que o fato necessitado no primeiro seja criminoso, mas ficando o agente isento de pena por carência da culpabilidade quer a título de dolo quer a título de culpa e, no segundo, tornar-se lícito, o que vale dizer: o fato necessitado é objetivamente lícito e, portanto, não é criminoso, porque não há crime. O ponto de vista consagrado pelo Código Penal de 1940, a nosso juízo, não merecia alteração. Fê-lo o Código Penal de 1969 sem lucro para a sociedade, mas apenas para a reparação do dano admissível na exculpação.*” (MAGALHÃES, Délio. **Causas de exclusão de crime**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 46)

¹³⁹ MAURACH aponta que a diferença decisiva entre estado de necessidade e legítima defesa é exatamente a situação de, no estado de necessidade, estarem em conflitos bens ou interesses juridicamente *reconhecidos*; pois na legítima defesa os bens do agressor perdem sua pretensão de proteção jurídica em razão da ilicitude da agressão (“agressão injusta”), na medida em que a defesa é necessária. De modo contrário, no estado de necessidade o sacrifício de bens dignos de proteção se dá em prol de um interesse social. (Op. cit., p. 468.)

¹⁴⁰ Ibid., p. 464.

¹⁴¹ MARQUES, op. cit., p. 130.

Conforme destaca FRAGOSO, o que justifica a ação é a necessidade que não deixa outra opção senão o sacrifício de um bem de menor valor jurídico, permitido pelo ordenamento jurídico, diante de uma situação de conflito ou colisão.¹⁴²

Afirma Basileu GARCIA que, no estado de necessidade, *“existem dois direitos – ambos com iguais razões para subsistir. Encontram-se, porém, em choque; um não pode continuar a existir, se o outro sobreviver. Para que um permaneça é necessário que o outro sucumba.”*¹⁴³

Da mesma forma MAGALHÃES NORONHA situa o estado de necessidade, destacando que na situação de conflito entre bens juridicamente protegidos, em que o agente age prejudicialmente ao outro titular do direito ou bem tutelado para salvar o seu de um perigo atual a que não deu causa, é legítimo o procedimento da pessoa, *“pois a lei não lhe pode impor conduta de santo ou mártir, permitindo a ofensa a seu bem-interesse. Não age conseqüentemente contra o Direito. É lícita a ação.”*¹⁴⁴

Com relação à origem da situação que provocou a necessidade, assevera BRUNO que a colisão de bens ou interesses juridicamente tutelados pode ser determinada por diferentes causas, como um ato humano, fato de animal, forças da natureza, acidente, entre várias outras possibilidades.¹⁴⁵

4.2.1 Estado de necessidade defensivo e agressivo

A doutrina estabelece ainda uma definição do estado de necessidade de acordo com a origem do perigo. Segundo TOLEDO, *“há situações de estado de necessidade que se diferenciam entre si pela maior intensidade, em umas, do caráter defensivo do ato necessário; em outras, pela do caráter agressivo”*¹⁴⁶. Por esta razão, alguns autores destacam a distinção entre estado de necessidade defensivo e agressivo.

¹⁴² FRAGOSO, op. cit., p. 189.

¹⁴³ GARCIA, op. cit., p. 291.

¹⁴⁴ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 194.

¹⁴⁵ BRUNO, op. cit., p. 387-388.

¹⁴⁶ TOLEDO, *Princípios...*, p. 176.

Considera-se *estado de necessidade defensivo* quando o ato típico realizado para proteger o bem jurídico do agente é direcionado à própria coisa responsável pelo perigo. Como exemplo podemos citar aquele que, atacado por cão alheio, mata o animal agressor.¹⁴⁷

Por outro lado, caracteriza-se como *estado de necessidade agressivo* a situação em que o agente dirige o ato necessário contra coisa diversa de que provém o perigo para o bem protegido. É o caso do indivíduo que, para prestar socorro a um ferido ou doente em estado grave, subtrai um veículo alheio estacionado e dele se utiliza, sem autorização do dono, para que possa salvar o bem jurídico *vida* em questão.¹⁴⁸

ROXIN trata dos casos de estado de necessidade defensivo e agressivo explicando-os por meio dos princípios a que estão sujeitas cada uma das hipóteses:

El estado de necesidad defensivo combina el “principio de protección” con el “principio de proporcionalidad”: es lícito protegerse frente a peligros procedentes de cosas (p.ej. ataques de animales) con todos los medios necesarios, pero sólo hasta el límite de la desproporción; pues, como la vigencia del Derecho no necesita afirmarse contra las cosas, aquí se sustituye el principio del prevalecimiento del Derecho por el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en el “estado de necesidad agresivo” el “principio de ponderación de bienes” es atenuado por el “principio de autonomía”: puesto que el titular del bien jurídico, cuya autonomía no puede darse ya en caso de simple preponderancia del bien jurídico que se quiere salvar, sino sólo si dicho bien es desproporcionadamente más valioso.¹⁴⁹

Não obstante, em um ou outro caso, a justificação somente ocorrerá quando a intervenção revelar-se efetivamente necessária. Neste sentido, JAKOBS declara que *“Necesaria quiere decir: de entre las medida apropiadas, la intervención es la menos drástica. Lo que sea necesario en cada caso depende, pues, también de qué fuerzas y medios estén disponibles para el que interviene.”*¹⁵⁰

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Id.

¹⁴⁹ ROXIN, op. cit., p. 575.

¹⁵⁰ JAKOBS, op. cit., p. 453.

4.3 Natureza jurídica

Com relação ao conceito de estado de necessidade a doutrina concorda à unanimidade, conforme foi possível verificar por meio da transcrição de algumas conceituações apresentadas pelos autores. No entanto, no tocante à natureza jurídica da excludente, a doutrina divide-se, entendendo alguns que o estado de necessidade opera como causa de justificação somente, outros que atua somente como causa de exculpação, e outros ainda entendem que por vezes comporta-se como justificante e por outras como exculpante.

CIRINO DOS SANTOS destaca ainda que, historicamente, o estado de necessidade já foi pensado por um ponto de vista diverso, como *espaço livre do direito*¹⁵¹, caracterizado pela renúncia do ordenamento jurídico à disciplina de conflitos insolúveis.¹⁵² Explica BRUNO que os jusnaturalistas assim pensavam, considerando o estado de necessidade como um conflito à margem da lei, um infortúnio do destino. O próprio regime jurídico se excluiria no momento em que surgisse a necessidade.¹⁵³

Distinguiram-se, ainda, os clássicos, para uma solução diferente. Viam na hipótese de estado de necessidade *“uma causa de exclusão da imputabilidade, por coação psicológica produzida pelo temor do mal grave e eminente. Para eles o que o estado de necessidade tolhe é a vontade livre, fundamento da imputabilidade.”*¹⁵⁴ Desta forma, o ato não poderia ser considerado ilícito, mas somente não punível, o que na prática produziria o mesmo efeito para o agente.

¹⁵¹ Com relação a essa posição, interessante citar, a título ilustrativo, uma passagem do livro “O caso dos exploradores de cavernas” que bem indica essa visão, nas palavras de um juiz diante do extraordinário caso relatado perante o Tribunal: “*Afirmo que nosso direito positivo, incluindo todas as suas disposições legisladas e todos seus precedentes, é inaplicável a este caso e que se encontra regido pelo que os antigos escritores da Europa e da América chamavam “a lei da natureza” (direito natural). Funda-se este entendimento na proposição de que o nosso direito positivo pressupõe a possibilidade de coexistência dos homens em sociedade. Surgindo uma situação que torne a coexistência impossível, a partir de então a condição que se encontra subjacente a todos os nossos precedentes e disposições legisladas cessou de existir. Desaparecendo esta condição, minha opinião é de que a coercibilidade do nosso direito positivo desaparece com ela.*” (FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 11-12)

¹⁵² CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 170.

¹⁵³ BRUNO, op. cit., p. 389-390.

¹⁵⁴ Ibid., p. 390

No entanto, atualmente são duas as teorias que pretendem definir a natureza jurídica do estado de necessidade, quais sejam: a *teoria unitária* e a *teoria diferenciadora*.

A teoria unitária, de acordo com as explicações de CIRINO DOS SANTOS, “atribui ao estado de necessidade ou o efeito justificante, ou o efeito exculpante, como alternativas excludentes – teoria adotada pela lei penal brasileira, que define estado de necessidade exclusivamente como justificção, art. 23, I, CP”. O autor prossegue explicando que a teoria diferenciadora, por outro lado, “atribui ao estado de necessidade, alternativa e simultaneamente, efeitos justificante e exculpante”.¹⁵⁵

Desta forma, a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro atualmente em vigor é a teoria unitária, incluindo o estado de necessidade entre as causas de justificção. Em razão disso, exclui-se, à luz do artigo 23, inciso I, e artigo 24, a ilicitude do fato.

Podemos constatar isso visto que o art. 24 não exige expressamente a ponderação de bens, nem define a natureza do bem protegido com relação ao sacrificado, e desta forma BITENCOURT destaca que não há dúvidas de que o legislador pátrio adotou a teoria unitária.¹⁵⁶

4.3.1 Teoria unitária e teoria diferenciadora

O estado de necessidade havia se tomado objeto de controvérsia na doutrina alemã, o que fez com que resultasse na posição divergente entre uma teoria unitária e uma teoria diferenciadora.¹⁵⁷ Conforme ensina BRUNO, “a primeira, que a princípio era a geral, concluía em todos os casos por uma causa de exclusão do injusto, a segunda, que se originou da idéia da não exigibilidade de conduta diversa como causa de inculpabilidade, propunha soluções diversas segundo o bem sacrificado fosse inferior ou igual ao ameaçado pelo perigo.”¹⁵⁸

¹⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 170-171.

¹⁵⁶ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 179.

¹⁵⁷ BRUNO, op. cit., p. 391.

¹⁵⁸ Id.

MAURACH explica que a teoria diferenciadora surgiu para solucionar conflitos como o exemplo da *tabula unius capax*¹⁵⁹ (tábua única da salvação) – caso dos dois náufragos que se encontram à deriva com uma tábua que somente suporta o peso de um deles, e sendo esta a única forma de salvação, um dos náufragos mata o outro, para salvar-se do perigo atual e certo. Neste caso, não haveria a possibilidade de emitir um juízo de valor positivo sobre a conduta, necessário para a sua justificação; não obstante, por outro lado, não seria possível emitir um juízo de reprovação à atitude do agente, visto que não atuou de modo diferente ao de qualquer outro que se encontrasse na mesma situação.¹⁶⁰

Diante disso, o estado de necessidade se apresentava como uma figura diferenciada, de modo que se tornara impossível o seu tratamento unitário e exaustivo com relação à ilicitude, da mesma forma que era inviável pensá-lo somente no âmbito da valoração devida pelo autor da conduta necessária. Por esta razão é que afirma MAURACH que “*el estado de necesidad no puede ser ni un problema exclusivo de la antijuridicidad ni un simple problema de responsabilidad individual. Según la configuración de cada caso se exige un juicio en ambos niveles.*”¹⁶¹

Para explicar o sistema da teoria diferenciadora, JESCHECK afirma que a exclusão da ilicitude significa que uma conduta típica será justificada diante da intervenção de um tipo permissivo, porque nas especiais circunstâncias da sua realização, não representava nenhum injusto material. No entanto, destaca o autor que isto não esgota as possibilidades de impunidade. Há, todavia, alguns feitos que, muito embora sejam típicos e antijurídicos, permanecem impunes, apesar de não haver nenhum impedimento com relação à capacidade de entendimento acerca da ilegalidade da conduta, atuando o agente inclusive com o conhecimento do injusto. Isso porque, diante de certos requisitos, o ordenamento jurídico não formula juízo de reprovação ou culpabilidade. Neste caso, as circunstâncias que fazem desaparecer a

¹⁵⁹ Tal hipótese é denominada também de “tábua de Carneades”, pois referido exemplo se deve ao filósofo grego Carneades, dos anos 214 a 129 AC.

¹⁶⁰ MAURACH, op. cit., p. 464.

¹⁶¹ Ibid., p. 465.

possibilidade de emitir-se um juízo de reprovação são as chamadas *causas de exculpação*.¹⁶²

Nas causas de exculpação, é como se a motivação do autor restasse compreensível face às circunstâncias extraordinárias que se lhe apresentaram. Neste sentido, a culpabilidade funcionaria com uma função dupla, diminuindo o tanto grau do injusto como o grau da própria culpabilidade na conduta delituosa. Diante desta diminuição do conteúdo criminal da ação, o legislador extraiu a conclusão de que em tais casos, a conduta merece ficar impune.¹⁶³

Ainda que a consequência da impunidade seja a mesma no caso da conduta ser subsumida como uma causa justificante ou uma causa exculpante, o significado em um e outro caso é bastante diferente. Afirma JESCHECK que *“el hecho justificado es **aprobado** por el ordenamiento jurídico, mientras que el exculpado sólo es **tolerado**.”*¹⁶⁴ (destaques do autor). No mesmo sentido são os ensinamentos de ROXIN, o qual afirma o seguinte:

La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, esta permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Unicamente, no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica.

4.3.2 Valoração de bens

Há ainda, a questão da valoração de bens para caracterizar a conduta justificante e a exculpante.

O estado de necessidade justificante caracteriza-se quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor que o bem que se quis proteger, desde que a ação tenha sido indispensável para a conservação do bem de maior valor. Neste caso,

¹⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução de José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 430.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 431.

¹⁶⁴ *Id.*

retira-se o caráter de ilicitude da conduta, e esta se torna lícita, porque permitida pelo direito.¹⁶⁵

Para ZAFFARONI e PIERANGELI, “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo.”¹⁶⁶

Por outro lado, o estado de necessidade exculpante ocorre quando o bem ou interesse sacrificado possui valor igual ou superior ao bem que se salva. E nesta hipótese, o direito não aprova a conduta. No entanto, exclui a culpabilidade diante da inexigibilidade de conduta diversa.¹⁶⁷

Com relação à valoração e ponderação dos bens juridicamente tutelados pelo ordenamento, ROXIN afirma que, em geral, pode-se formular três proposições: que os preceitos sobre a ordem geral cedem diante da proteção a bens concretos; que os valores da personalidade têm preferência ante os bens patrimoniais; e que a proteção da vida e da integridade fundamenta um interesse superior inclusive face à preservação de outros valores de personalidade ou de bens jurídicos supraindividuais.¹⁶⁸ No entanto, o autor faz a ressalva de que tais regras não regem sem exceções.

No entanto, ressalta REALE JUNIOR, com base no entendimento de BETTIOL, que “o critério para estabelecer a prevalência de um bem não é matemático mas político, pois o valor de um bem depende do seu titular, ‘do tempo, do lugar e da modalidade da ação, das normas de cultura’, do meio ambiental no qual se deu o conflito.”¹⁶⁹

Diante do exposto acerca das causas justificantes e das causas exculpantes, surgem alguns efeitos que se diferenciam em um e outro caso: BRUNO¹⁷⁰, bem como JESCHECK¹⁷¹, destacam que somente nos casos em que se

¹⁶⁵ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 133.

¹⁶⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 596.

¹⁶⁷ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 133.

¹⁶⁸ ROXIN, op. cit., p. 684.

¹⁶⁹ REALE JUNIOR, op. cit., p. 254.

¹⁷⁰ BRUNO, op. cit., p. 393.

configura uma causa justificante, a participação no ato de defesa do bem ou interesse em perigo é também abrangida pela excludente¹⁷²; já no caso de causa exculpante, a participação punível é plenamente possível. Além disso, afirmam os referidos autores que não se admite legítima defesa contra estado de necessidade, visto que ela só é permitida como reação a uma agressão injusta, e no estado de necessidade a ação é justificada pelo direito. Destarte, caberia legítima defesa contra ação ilícita porém exculpada. No entanto, destaca BRUNO que pode ocorrer legitimamente uma situação de estado de necessidade contra estado de necessidade.¹⁷³

Assim sendo, somente na estrutura da teoria diferenciadora é que há o tratamento diferenciado para as hipóteses de causa de justificação (retira-se o caráter ilícito da conduta, pois permitida pelo direito por meio dos tipos permissivos), e para as hipóteses de causa de exculpação (nestes casos, o que ocorre é a diminuição do grau da culpabilidade, retirando-se a possibilidade de reprovação pela conduta típica e ilícita perpetrada, tendo em vista que não se poderia cobrar a realização de conduta diversa no caso).

Entretanto, a teoria diferenciadora não foi adotada pelo atual Código Penal brasileiro, e desta forma aplica-se a teoria unitária, considerando somente as hipóteses de exclusão da ilicitude no direito pátrio.

4.4 Requisitos para caracterização do estado de necessidade justificante

O Código Penal explicita alguns requisitos no corpo do artigo 24, essenciais para caracterizar o estado de necessidade no direito pátrio. Assim, somente poderá ser alegado o referido tipo permissivo se o fato reunir todos os requisitos exigidos.

¹⁷¹ JESCHECK, op. cit., p. 431.

¹⁷² Com relação ao tema, ensina DOTTI que “quem concorre para a ação de outrem, dentro dos limites da necessidade e preenchidos os requisitos legais dessa causa de exclusão de ilicitude, nenhum fato punível pratica. Como é curial, a proteção de um direito poderá ser exercida com a colaboração de outra pessoa.” (op. cit., p. 392.)

¹⁷³ BRUNO, op. cit., p. 393.

4.4.1 Perigo atual, involuntário e inevitável.

O estado de necessidade requer, para a sua configuração, uma situação de perigo para o bem jurídico, que deve ser atual, involuntário e inevitável de outra maneira. O código dispõe isso claramente quando estabelece que “*considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar...*” (destaques acrescentados).

O referido preceito impõe a necessidade de uma situação de perigo, e neste passo, os autores fazem algumas observações acerca desse conceito.

O conceito de perigo, segundo REALE JUNIOR, pode ser traduzido pela “*aptidão, a idoneidade ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de um dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo extenor com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse.*”¹⁷⁴ Todavia, complementa essa idéia afirmando que o perigo não é somente um fenômeno do mundo exterior. Pois a possibilidade do dano objetivo deve ser percebida subjetivamente pelo autor da conduta, sendo o perigo, portanto, um complexo subjetivo e objetivo.¹⁷⁵

Nos termos de MAURACH, a situação de perigo caracteriza-se por

*... un estado en el cual, de acuerdo a las concretas circunstancias reinantes, la producción de un daño aparece como probable, una situación dañina según los principios generales de la experiencia. De esta manera, la existencia del peligro es un juicio que si bien se obtiene – máxima de experiencia – sobre la base de una perspectiva ex post, en el caso concreto se formula ex ante.*¹⁷⁶

Destarte, o perigo é uma percepção que no caso concreto deve se formular anteriormente à conduta que sacrifica o bem juridicamente protegido, mesmo que a análise sobre a real existência do perigo, objetivamente considerado, somente ocorra

¹⁷⁴ REALE JUNIOR, op. cit., p. 226.

¹⁷⁵ Ibid., p. 227.

¹⁷⁶ MAURACH, op. cit., p. 470.

em um juízo posterior ao fato. Se constatado que a percepção da situação de perigo realizada anteriormente à conduta lesiva não se configurou objetivamente, resta caracterizada hipótese de estado de necessidade putativo, em que há um erro acerca de um dos requisitos do tipo permissivo.

Não basta que o perigo se apresente de acordo com os conceitos acima para que seja considerado na análise dos requisitos do estado de necessidade. É necessário que este seja também **atual**.

A atualidade do perigo é requisito necessário para o estado de necessidade pois não é plausível a lesão de um bem ou interesse juridicamente protegido para salvar um outro bem igualmente tutelado pelo direito, se tal atitude não for extremamente necessária (e a única possível) para afastar o perigo que se apresenta naquele exato momento ao agente. Somente o perigo atual justifica o ataque.¹⁷⁷

Se o perigo é passado, ou se é futuro, o agente não pode alegar a justificante do estado de necessidade. BRUNO destaca, contudo, que se o dano já se tornou efetivo, pode o agente atuar para evitar a continuação ou o alargamento do dano.¹⁷⁸

Oportuno citar os ensinamentos de ZAFFARONI e PIERANGELI acerca da necessidade do perigo atual, que com relação ao tema sustentam que *“a ‘atualidade’ do perigo indica que não existe, de momento, outro meio de evitá-lo, mas tampouco que exista um lapso temporal por vir, que criasse a possibilidade do meio, por enquanto inexistente, surgir ou apresentar-se disponível”*.¹⁷⁹

Além disso, o código utilizou especificamente a expressão “perigo atual”, optando por não incluir nesta categoria o perigo iminente, como fez na determinação dos pressupostos para caracterização da legítima defesa no art. 25 do Código Penal. BITENCOURT explica o significado de iminente como sendo o que está prestes a tornar-se atual, porém ainda não o é.¹⁸⁰

¹⁷⁷ BRUNO, op. cit., p. 395.

¹⁷⁸ Id.

¹⁷⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 596.

¹⁸⁰ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 136.

Entretanto, no entendimento de MAGALHÃES NORONHA, opondo-se inclusive à opinião dominante, não é necessário que o perigo seja atual, podendo ser somente iminente, da mesma forma que na legítima defesa. Defende o autor que “a iminência é a probabilidade de elevado grau. Conforme o caso, bastará ela. Exigir sempre a efetivação do perigo será tomar impossível à pessoa a proteção do bem jurídico.”¹⁸¹

Além da atualidade, o código exige que o perigo tenha sido **involuntário**, isto é, não deve ter sido provocado pela conduta do agente. Neste ponto verifica-se que há alguma polêmica na doutrina acerca da não concorrência da vontade do agente para o perigo: para alguns, somente o perigo causado dolosamente obsta a alegação de estado de necessidade, e para outros, a situação de perigo não pode ter sido causada nem dolosamente, nem culposamente, pois em ambos os casos afastar-se-ia a justificante.

Para GARCIA, o perigo causado culposamente não deixa de preencher o requisito da lei, e desta forma, não afastaria a aplicação do estado de necessidade nos casos em que ocorresse. Afirma o autor que em algumas situações o agente até pode ter causado o perigo atual, desde que não o tenha sido pela sua vontade. Assevera que a expressão “por sua vontade” do dispositivo em questão resolve qualquer problema que se proponha com relação à possibilidade de o perigo ter sido causado por meio culposo. Para o autor, a expressão acima referida presume o dolo, mas exclui a hipótese do perigo causado culposamente.¹⁸² Por esta razão, o perigo causado por imperícia, imprudência ou negligência não se enquadraria na expressão do código “por sua vontade”, não sendo excluído, portanto, o tipo permissivo nestes casos.

¹⁸¹ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 194.

¹⁸² GARCIA, op. cit., p. 293.

Não são diversos os entendimentos de Cezar Roberto BITENCOURT, Aníbal BRUNO, Heleno Cláudio FRAGOSO, Juarez CIRINO DOS SANTOS¹⁸³, entre outros, para os quais, na culpa, subsiste o estado de necessidade.

Para BITENCOURT, quando o código diz “que não provocou por sua vontade”, deve-se entender que o *perigo* não pode ter sido provocado *intencionalmente*¹⁸⁴. Desta forma, o agente até pode ter provocado intencionalmente o *fato*, mas se não tinha a intenção de provocar o *perigo*, então pode alegar a excludente de ilicitude na situação de necessidade.¹⁸⁵

No mesmo sentido é a opinião de BRUNO, para quem “a causa do perigo pode ser qualquer, menos a vontade do agente. O perigo não deve ter sido provocado voluntariamente por ele. O dolo do agente exclui o estado de necessidade; mas só o dolo, não a culpa.”¹⁸⁶

FRAGOSO exemplifica a situação de perigo não causado voluntariamente, com o caso da provocação de um incêndio por inobservância do cuidado devido, afirmando que mesmo em tal hipótese o agente pode alegar o estado de necessidade para salvar-se causando dano inevitável à bem ou interesse juridicamente protegido de outrem.¹⁸⁷

No entanto, divergem deste pensamento autores como TOLEDO, REALE JUNIOR, e FREDERICO MARQUES¹⁸⁸, somente para citar alguns deles.

Conclui TOLEDO que não só o ato doloso exclui a possibilidade de aplicação do estado de necessidade, e afirma que a vontade está também presente na culpa *stricto sensu*. Explica que muitos autores confundem “provocação do perigo”

¹⁸³ Afirma que “o perigo deve ser **involuntário**, ou seja, não pode ser provocado intencionalmente pelo autor para proteção pessoal à custa do outro, mas admite produção **imprudente**, porque a limitação legal se restringe à vontade própria, e a antiga sentença “quem cria perigo, morra por isso” está ultrapassada...” (destaques do autor) (CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 173)

¹⁸⁴ Neste passo, ZAFFARONI e PIERANGELI destacam que “obviamente, não existe necessidade quando a situação foi provocada intencionalmente, posto que a conduta típica que provoca a necessidade não pode ficar atípica pela própria situação de necessidade que ela cria. Quem golpeia alguém, e recebe contragolpes em resposta, não pode alegar a necessidade de fazer parar esses golpes.” (Op. cit., p. 598)

¹⁸⁵ BITENCOURT, *Teoria...*, p. 137.

¹⁸⁶ BRUNO, op. cit., p. 397.

¹⁸⁷ FRAGOSO, op. cit., 190.

¹⁸⁸ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 132-135.

com “provocação do resultado”, que são situações bastante diferentes. Para ele, o código refere-se à provocação voluntária do perigo, e por isso não se poderia afirmar que somente a provocação voluntária do resultado é que excluiria a aplicação do estado de necessidade.¹⁸⁹

No entendimento de REALE JUNIOR, quando não se admite a aplicação da justificante do estado de necessidade no caso de perigo provocado culposa ou voluntariamente pelo agente, o ordenamento exige e propulsiona que se aja com diligência e com previsão.¹⁹⁰

MAGALHÃES NORONHA, para quem também o perigo culposos obsta o estado de necessidade, reconhece, contudo, que na prática é difícil aceitar uma solução unitária para todos os casos.¹⁹¹

Para atender estritamente aos requisitos do art. 24 do CP, não só o perigo deve ser atual e involuntário, como deve também ser *inevitável de outro modo*.¹⁹²

Conforme ensina DOTI, inevitável é o evento ou situação que não se pode impedir, e esta situação deve ser identificada por um critério objetivo, observando-se atentamente todas as circunstâncias no caso concreto.¹⁹³

Isso significa que, na situação de perigo, para que se configure o estado de necessidade, não pode haver algum modo alternativo que seja conforme o direito para salvar o bem ou direito juridicamente protegido, da mesma forma que deve ficar comprovado que não pode o perigo ser neutralizado senão pela lesão ao bem jurídico sacrificado, sendo a lesão o único meio possível para evitá-lo.¹⁹⁴

Isto porque, se o perigo puder ser evitado por um outro modo menos lesivo ao bem tutelado, então não haverá a necessidade do sacrifício deste bem, e assim, conseqüentemente, não haverá o estado de necessidade.¹⁹⁵

¹⁸⁹ TOLEDO, *Princípios...*, 185.

¹⁹⁰ REALE JUNIOR, op. cit., 233.

¹⁹¹ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 196.

¹⁹² Segundo FREDERICO MARQUES, o estado de necessidade, ao contrário com o que ocorre com a legítima defesa, é absolutamente subsidiário. (Op. cit., p. 135)

¹⁹³ DOTI, op. cit., p. 390-391.

¹⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 173.

¹⁹⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 597.

Neste passo, CIRINO DOS SANTOS indica que a ação de proteção no estado de necessidade deve ser necessária, além de dever ser também apropriada para evitar o perigo e proteger o bem jurídico ameaçado. Destaca que os critérios para definir se a ação de necessidade atende aos requisitos mencionados, são oferecidos por algumas teorias, quais sejam: a antiga teoria do fim (criada por LISZT e Eberhard SCHMIDT, esta teoria afirma que as ações realizadas para proteger bens jurídicos ameaçados não serão ilícitas quando se caracterizarem como meio adequado para fins reconhecidos pelo Estado), a teoria da ponderação de bens (desenvolvida por MEZGER no âmbito da teoria diferenciadora, considera justificadas as ações que sacrificam um bem jurídico de menor valor para proteção de um bem de maior valor) e a moderna teoria da ponderação de interesses. Esta última, o autor explica como sendo uma transformação das teorias anteriormente mencionadas, e que condiciona a licitude da ação de proteção à consideração das circunstâncias de fato relacionadas aos bens jurídicos em conflito, à natureza do conflito, à gravidade da pena, etc.¹⁹⁶

4.4.2 Defesa de um direito

Conforme ressalta DOTTI, o texto legal do estado de necessidade se refere à defesa de um “direito próprio ou alheio”, e este deve ser compreendido como o *bem* ou *interesse* tutelado pelo ordenamento jurídico.¹⁹⁷

Como a ordem jurídica protege bens e interesses sem se preocupar com quem seja seu titular, admite a invocação do estado de necessidade para salvar de perigo existente tanto para um direito próprio como para um direito alheio.¹⁹⁸ Neste sentido, afirma MAGALHÃES NORONHA que, já que a lei fala em proteção de direito alheio, deve-se considerar o direito de qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica.¹⁹⁹

Em alguns códigos e em algumas épocas, exigia-se, para salvaguarda legítima de direito alheio, que entre o terceiro titular do direito e o agente do ato

¹⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 174-175.

¹⁹⁷ DOTTI, op. cit., p. 391.

¹⁹⁸ BITENCOURT. *Teoria...*, p. 138.

¹⁹⁹ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 197.

necessário houvesse alguma relação de parentesco. No entanto, no ordenamento pátrio atual, como destaca BITENCOURT, “*na defesa de direito alheio não se exige qualquer relação jurídica específica do agente com o titular do bem preservado, sendo suficiente que os interesses em conflito sejam tutelados pelo Direito.*”²⁰⁰

Contudo, TOLEDO afirma que, muito embora todos os direitos sejam passíveis de defesa no estado de necessidade (vida, honra, patrimônio, etc), caso a intervenção seja com relação a direito de terceiro, e sendo disponível o direito que se quer proteger, faz-se necessária “*a aquiescência do titular do direito exposto a perigo de lesão, pois, neste caso, o titular do direito pode preferir outra solução ou até, se lhe aprouver, sofrer o dano.*”²⁰¹

4.4.3 Sacrifício não razoável de exigir-se nas circunstâncias

Além dessas considerações, é importante destacar que o código determina que, para caracterização do estado de necessidade, *o sacrifício do direito próprio ou alheio não pode ser razoável de se exigir diante das circunstâncias.*

Neste sentido, o bem de valor superior prefere ao bem de valor inferior. Não há, no entanto, critérios milimétricos a serem seguidos no estabelecimento da relação de proporcionalidade entre os bens em conflito. Como a própria lei optou por estabelecer, o sacrifício *não pode ser razoável de exigir-se*. Desta forma, é o princípio da razoabilidade que direciona a admissibilidade do estado de necessidade. Assim, a proporcionalidade entre os bens em conflito deve ser observada, apesar de não ser necessária uma valoração absoluta.

Contudo, BITENCOURT destaca que “*não se pode esquecer que os bens jurídicos recebem sua valoração do próprio legislador, que comina sanções diferentes às lesões dos variados bens jurídicos tutelados*”²⁰², e que este poderá ser um dos critérios para o julgamento da proporcionalidade dos bens em conflito.

²⁰⁰ BITENCOURT. *Teoria...*, p. 139.

²⁰¹ TOLEDO. *Princípios...*, p. 187.

²⁰² BITENCOURT. *Teoria...*, p. 138.

Neste ponto, JAKOBS faz uma importante observação, no sentido de que *“los marcos penales de la Parte Especial sólo proporcionan un punto de apoyo necesitado de retoques, ya que se rigen no sólo por la importancia de los bienes, sino también por su necesidad de protección y por otros aspectos político-criminales.”*²⁰³

No mesmo sentido entende REALE JUNIOR, para o qual

O critério legal não é senão uma diretriz, como bem acentuou Scarano, já que as circunstâncias particulares podem determinar uma mutação de escala legislativamente estatuída. O decisivo é o caso particular. Os bens não podem ser confrontados apenas em face da fria disposição legal, considerados isoladamente da circunstância em que se dá o conflito, e independentemente dos seus titulares. A sanção imposta não pode servir como critério através do qual se valora bens em conflito pois constitui um critério abstrato.²⁰⁴

Tendo o direito pátrio adotado a teoria unitária, no estado de necessidade há sempre uma situação de conflito de bens tutelados pelo ordenamento jurídico, que se resolve em favor do bem de valor superior.²⁰⁵

Os Códigos Penais de 1830 e 1890, estabeleciam claramente a valoração dos bens, destacando que a excludente da ilicitude somente poderia ser invocada nas situações em que o bem salvo fosse de valor superior em relação ao bem lesado. No entanto, o Código Penal atual não apresenta expressamente essa exigência, e neste passo, uma vez que a lei não mais fala em mal maior, entendem alguns autores, entre eles MAGALHÃES NORONHA, que não há dúvida que estão compreendidos como estado de necessidade, e estaria excluído o elemento ilicitude, nos casos de confronto entre bens de valor equivalente, como o exemplo da *tabula unius capax*, e de antropofagia, como *O caso dos exploradores de cavernas*.

Neste mesmo sentido, BRUNO afirma que

O estado de necessidade vigora hoje não só a favor de um bem preponderante, mas entre bens equivalentes. O Código atual fugiu à estreiteza do anterior, que limitava a discriminante à condição de evitar mal maior, e assim excluía da hipótese o sacrifício de um dos naufragos, na disputa pela mesma tábua de salvação, ou os casos de antropofagia entre naufragos famintos. Aí a colisão é entre bens de igual valia – uma vida

²⁰³ JAKOBS, op. cit., p. 504.

²⁰⁴ REALE JUNIOR, op. cit., p. 253.

²⁰⁵ DOTTI, op. cit., p. 391.

*por outra vida. Casos como esses figurariam hoje em nosso Direito como estado de necessidade.*²⁰⁶

Com relação ao tema esclarece TOLEDO que o princípio da ponderação de bens, que por um lado leva à óbvia prevalência do bem de maior valor sobre o bem menos valioso, por outro, conduz a ordem jurídica a não estabelecer preferências entre bens fundamentalmente iguais. Neste passo, afirma o autor que, se em uma situação de estado de necessidade gerado por conflito de bens de igual valor, o mais forte fazer prevalecer sua força e assim fazer valer seu direito sobre o direito do mais fraco; ou, se ao contrário, a engenhosidade do mais fraco fizer prevalecer seu direito sobre o mais forte: ambas as condutas estarão justificadas. Termina por declarar que *“proclamada a não-ilegitimidade de qualquer dos dois resultados possíveis, deixa-se o caminho aberto para o julgamento do vencedor nos tribunais da ética e da religião. O direito, porém, não deve penetrar nesse terreno.”*²⁰⁷

No entanto, este não é o entendimento que compartilham diversos outros autores, sendo inclusive, este ponto, uma questão bastante controversa na doutrina.

FRAGOSO admite que a lei penal brasileira, ao mencionar somente o sacrifício do bem que “nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, deixa de explicitar claramente a necessária carga valorativa superior do bem protegido no estado de necessidade. Destarte, na sua opinião, o Código Penal teria incluído impropriamente o caso de confronto de bens de igual valor. Assim, na opinião do mencionado autor, nas situações de conflito de bens de valores equivalentes, na realidade não haveria possibilidade de invocar-se a excludente de ilicitude, mas o que realmente ocorre nestes casos é o estado de necessidade como excludente de culpa (inexigibilidade de outra conduta).²⁰⁸

Na lição de BITENCOURT, o princípio da razoabilidade permite afirmar que quando o bem sacrificado for de maior valor que o bem preservado, não é admissível

²⁰⁶ BRUNO, op. cit., p. 397.

²⁰⁷ TOLEDO. **Princípios...**, p. 182-183.

²⁰⁸ FRAGOSO, op. cit., p. 189.

invocar-se o tipo permissivo de estado de necessidade. E da mesma forma, soluciona a situação com a possibilidade do reconhecimento da inexigibilidade de outra conduta, que poderá excluir a culpabilidade do ato.²⁰⁹

Não obstante, para alguns autores, não só é possível admitir-se o estado de necessidade no conflito de bens de igual valor, como também quando o bem sacrificado possui valor superior ao bem que se quis salvar. Nesta linha é o entendimento de autores como Damásio E. de JESUS e Luiz Regis PRADO.

PRADO destaca que, ao adotar a teoria unitária e não a teoria diferenciadora, o estado de necessidade seria sempre uma causa de justificação, independentemente da ponderação de bens em confronto.²¹⁰ Damásio de JESUS, corroborando com a opinião acima descrita, afirma que admite-se a excludente mesmo quando o fato necessário lesa um bem jurídico de valor maior que o protegido, sob a condição que esteja presente o requisito da proporcionalidade.²¹¹

No entanto, com relação à opinião dos últimos dois autores, não parece razoável ou mesmo concebível que se exclua o caráter ilícito do fato quando o bem lesado for de maior valor que o bem protegido.

Vale destacar que, tão importante quanto a análise da valoração dos bens, é observar no caso concreto a proporcionalidade entre o perigo que ameaça o direito juridicamente protegido e a gravidade da lesão causada para afastar a situação periclitante.²¹² Segundo JESCHECK, o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado no estado de necessidade *“ya que aquí, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, no se trata de defender el Derecho contra el injusto. (...) De otra parte, el afectado debe elegir, al igual en que la legítima defensa, la vía menos gravosa.”*²¹³

²⁰⁹ BITENCOURT. **Teoria...**, p. 138.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1999, p. 100.

²¹¹ JESUS, op. cit., p. 329.

²¹² Segundo BITENCOURT, são objetos desse quadro valorativo a gravidade da situação de perigo, as circunstâncias fáticas, o estado emocional do agente e a proporcionalidade dos bens em conflito. (**Teoria...**, p. 138)

²¹³ JESCHECK, op. cit., p. 436.

De acordo com os ensinamentos de FREDERICO MARQUES, não se pode deixar de analisar, além disso, o estado de ânimo do agente, no que concerne ao conflito entre o bem salvo e o bem lesado. Segundo o autor *“não se preconiza, com isso, um critério subjetivo, e sim, individualizador: o juiz há de ter em vista o que na situação em exame faria o homem comum.”*²¹⁴ A única intenção é fazer a análise do que representa o bem colocado em perigo para o agente, tendo como referência critérios outros que não pessoais.

Afirma MAGALHÃES NORONHA que fornecerão os elementos necessários para a aceitação ou não do estado de necessidade, a consideração objetiva acerca da valoração dos bens em conflito, e a consideração subjetiva referente à importância que lhe confere o agente, além da situação deste, no momento do ato necessário. Mas se o sacrifício do bem em perigo era razoavelmente exigível, não é possível invocar-se a causa justificante; porém, pode o juiz reduzir a pena de um a dois terços²¹⁵, nos termos do parágrafo 2º do artigo 24 do Código Penal, o qual determina que *“embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”*

Isto quer dizer, segundo FREDERICO MARQUES, que *“embora não exclua a ilicitude do fato típico, porque se podia exigir outra conduta do agente, a ameaça ao direito deste é condição minorativa da pena.”*²¹⁶ Ainda de acordo com o pensamento do mencionado autor, este princípio é inspirado na equidade, e é dever do juiz, ao examinar o caso concreto, verificar se é possível aplicar a minorante penal.²¹⁷

REALE JUNIOR justifica tal dispositivo afirmando que o agente que não aceita o sacrifício do direito ameaçado, o qual era razoável de se exigir, pode ter sua pena atenuada analisando-se a pessoa que realizou o ato. Prossegue destacando que, se restar comprovado que o comportamento do agente não provém de uma

²¹⁴ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 136.

²¹⁵ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 196.

²¹⁶ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 138.

²¹⁷ Com relação ao tema, considera BITENCOURT que a possibilidade de redução da pena dá-se em razão da admissão de uma culpabilidade diminuída. (Teoria... , p. 140)

personalidade formada contra os valores impostos pelo direito de forma geral, mas de uma personalidade da qual destoa o comportamento antijurídico em questão, a pena deve ser atenuada. Isso porque, nas palavras de REALE JUNIOR, “se esse comportamento destoa no conjunto de vida do agente, é forçoso concluir que é antes de tudo uma fraqueza momentânea, ocorrida em uma situação de necessidade, pelo que é aconselhável a atenuação da pena.”²¹⁸

No que tange a situação de **colisão de deveres**, aplicam-se igualmente os princípios fundamentais supra mencionados, pois toda colisão de deveres, além de representar uma colisão de interesses, ao mesmo tempo importa uma ponderação de bens.

Há uma colisão de deveres na situação em que um mesmo sujeito é titular de dois deveres, e o cumprimento de um desses deveres implica necessariamente a violação do outro, e como consequência, a observação do dever que provoca o descumprimento do outro seria sancionado com uma pena.

MAURACH destaca que a colisão de deveres manifesta algumas peculiaridades com relação ao estado de necessidade justificante. Primeiramente, o agente que se encontra em uma situação de colisão de deveres possui sempre um dever de atuar, o que não é necessariamente o caso de quem atua em estado de necessidade. Além disso, há a lesão de uma obrigação, e com isso, a lesão de um bem jurídico, e sempre pela via da omissão, o que não costuma acontecer com quem atua em estado de necessidade.²¹⁹ E assim, segundo o autor, esses dois pressupostos permitiriam admitir uma maior tolerância do sujeito que se encontra em uma situação de colisão de deveres com relação àquele que atua sob a excludente de estado de necessidade geral.

Assim, o médico que tem o dever de sigilo profissional, pode deixar de observar este dever (omissão) para evitar que o sujeito portador de uma grave doença contagiosa pratique atos com o fim disseminar sua doença a outros, deliberadamente,

²¹⁸ REALE JUNIOR, op. cit., p. 244.

²¹⁹ MAURACH, op. cit., p. 485.

caso esta atitude se apresente como absolutamente necessária para a salvação das vidas ou da saúde das pessoas.²²⁰ Neste caso, também o dever maior predomina sobre o dever menor.

No que tange à escolha da obrigação a ser observada pelo titular de ambas, MAURACH afirma que

*La pregunta acerca de cuál de los dos deberes ha de ser cumplido por el autor, debe ser respondida básicamente según las reglas vigentes para su elección; en el caso del estado de necesidad de bienes, está justificado el cumplimiento de la obligación mayor en desmedro de la menor; en el caso de deberes de igual valor, decide tanto la individualización objetiva como la mayor urgencia; la decisión del autor en favor de la obligación de menor rango no afecta la antijuridicidad del hecho, pero en hipótesis de motivaciones especiales puede llegar a desaparecer la culpabilidad del autor, según los principios del error de prohibición.*²²¹

4.4.4 Exceção ao estado de necessidade

Além da atualidade, da inevitabilidade e da involuntariedade na causação da situação periclitante, o agente não pode ter, para que fique configurado o estado de necessidade, o dever legal de enfrentar o perigo.²²² Tal regra está estabelecida pelo Código penal no parágrafo 1º do art. 24: “§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

Essa regra existe para ressaltar que a justificativa não pode ser utilizada para anular a imposição de um dever legal de afrontar o perigo, o que ocorreria caso se reconhecesse a possibilidade de alegação do estado de necessidade em certas profissões, ou funções que impõem esse dever.²²³ Não há que se alegar perigo atual, pois nestes casos a obrigação decorre exatamente desse perigo, e por isso há o dever em enfrentá-lo.

²²⁰ Exemplo retirado da obra de TOLEDO, *Princípios...*, 187.

²²¹ MAURACH, op. cit., p. 485-486.

²²² BRUNO fala em “dever legal de correr o risco do sacrifício do próprio bem”. (Op. cit., p. 399)

²²³ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 597.

O Código fala em “dever legal”, e tal expressão causa alguma controvérsia na doutrina, pois alguns autores reconhecem que, neste caso, somente as obrigações decorrentes de lei é que constituiriam essa exceção à aplicação da justificativa.

Aduz BRUNO que, já que este é um dispositivo que agrava a situação do réu, privando-o de uma justificativa, não deve ser interpretado além dos seus estritos termos, e por isso afirma que se trata de *dever legal*, e não simplesmente *jurídico*.²²⁴

Em contraposição a esse entendimento, esclarece Basileu GARCIA que o dever a ser considerado neste caso não pode ser entendido somente como aquele emanado de lei, decreto ou regulamento. Destaca sobre o tema, o seguinte: “*Aliás, a Exposição de Motivos, em referência a esse ponto, declara: “A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico”, assim usando um qualitativo que não é o do texto em exame.*”²²⁵

No entanto, BRUNO combate tal alegação dizendo que, muito embora a *Exposição de Motivos* do Código refira-se ao dever jurídico²²⁶, isso não tem validade para alargar o sentido do dispositivo.²²⁷ MAGALHÃES NORONHA corrobora tal assertiva ao afirmar que, referindo-se o dispositivo a *dever legal*, isto é, emanado de lei, decreto ou regulamento, não seria fácil ampliar-se a expressão a ponto de incluir-se o *dever jurídico*, e assim, o oriundo de relação contratual.

A maioria dos autores não interpreta a expressão do mencionado dispositivo tão estritamente²²⁸, e neste sentido, esclarece MACHADO que a obrigação de enfrentar o perigo, pode ser derivada de lei, contrato ou do anterior comportamento do próprio agente.²²⁹

²²⁴ BRUNO, op. cit., p. 399.

²²⁵ GARCIA., op. cit., p. 295.

²²⁶ No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA aponta que apesar de que a *Exposição de Motivos* referia-se a *dever jurídico*, esta não é interpretação autêntica do Código, e por esta razão, o intérprete não estaria obrigado a se lhe submeter incondicionalmente. (Op. cit., p. 198)

²²⁷ BRUNO, op. cit., p. 399.

²²⁸ Por exemplo, CIRINO DOS SANTOS divide em categorias as posições especiais de dever que obrigam a suportar ou assumir o perigo: dever jurídico especial de proteção da comunidade, dever jurídico resultante da causação do perigo, dever jurídico da posição de garante e o dever de suportar perigos somente evitáveis com danos desproporcionais a terceiros. (Op. cit., p. 181)

²²⁹ MACHADO, op. cit., p. 129.

Desta forma, algumas pessoas, em razão da sua profissão ou função deverão suportar o perigo e muitas vezes o sacrifício do bem, pois assim se comprometeram legal ou contratualmente.

Com relação à obrigação profissional, afirma JESCHECK que *“a las personas obligadas profesionalmente a tolerar el estado de necesidad se les exige que dominen su instinto de conservación incluso bajo la presión de un peligro mortal, porque la comunidad ha de confiar en ellos, precisamente, al darse esas circunstancias.”*²³⁰

Assim, o médico não pode esquivar-se de examinar um paciente alegando perigo de contaminação, assim como não pode o juiz de uma determinada causa se deixar induzir a uma prevaricação por ter sido ameaçado de morte caso adotasse a solução justa.

Contudo, na opinião de BITENCOURT, esse dever não possui caráter absoluto, a ponto de negar-se qualquer possibilidade de invocar-se o estado justificante. Afirma que *“a exigência de sacrifício no exercício dessas **atividades perigosas** (destaque do autor) não pode atingir o nível de heroísmo.”* Prossegue destacando que *“o princípio do razoável também aqui vige, embora em sentido inverso: para se salvar um bem patrimonial é inadmissível que se exija o sacrifício de uma vida.”*²³¹

Da mesma forma entende CIRINO DOS SANTOS, ao afirmar que o dever legal de enfrentar o perigo cessa diante da *certeza* ou da *probabilidade* de morte ou de lesão grave, e justifica tal posição alegando que o direito não pode exigir renúncia à vida ou aceitação de graves lesões à saúde ou ao corpo.²³² Baseia seu pensamento nos ensinamentos de ROXIN, que ressalta que os deveres de suportar o perigo não são deveres de *sacrifício*, mas somente de *risco*.²³³

²³⁰ JESCHECK, op. cit., p. 441.

²³¹ BITENCOURT. *Teoria...*, p. 139.

²³² CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 184.

²³³ ROXIN, op. cit., p. 701.

4.4.5 Elemento subjetivo

Para caracterizar o estado de necessidade, não basta estarem presentes na situação concreta todos os elementos objetivos aqui expostos: é também necessário que o agente atue com a finalidade de salvar o bem jurídico em perigo, e isso constituirá o elemento subjetivo da justificativa.

Este assunto já foi tratado anteriormente, pelo que nesta oportunidade o tópico será tão somente completado no âmbito do estado de necessidade. Isso porque o referido tipo permissivo possui uma peculiaridade, que é a previsão no texto do artigo 24 do Código Penal, de um elemento subjetivo específico como pressuposto da justificante: “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato **para** salvar de perigo atual...*” (destaque acrescentado). A inclusão da preposição “para” implica a necessidade de verificar-se, no caso concreto, a finalidade de salvamento do bem ameaçado por parte do agente.

Conforme afirma ROXIN, não restará caracterizado o estado de necessidade caso o agente não conceba nem mesmo a existência dos pressupostos objetivos para alegação da justificante. Neste caso ele será responsabilizado pela conduta típica, já que a ilicitude permanecerá existente no âmbito criminal. Desta forma, para o autor, como elemento subjetivo de justificação somente é necessário o conhecimento da situação justificante e a consciência de salvaguardar o interesse preponderante.²³⁴

No entanto, nem todos os autores concebem o elemento subjetivo desta forma, com a necessidade do conhecimento da situação justificante, em conjunto com o objetivo de salvamento do bem em perigo. TOLEDO, por exemplo, admite o elemento subjetivo do estado de necessidade mesmo quando o agente não tem conhecimento de que sua ação está amparada por um tipo permissivo, que retira a carga ilícita da conduta, bastando que ele queira a salvação do bem.

²³⁴ ROXIN, op. cit., p. 720.

Neste sentido, afirma ainda que:

*O mero acaso, ou a coincidência ocasional de fatores desconhecidos, não basta para justificar um fato previsto em lei como crime e realizado com propósitos criminosos. Embora não se exija do autor do fato necessário a exata consciência da licitude de seu ato, exige-se que, pelo menos, se tenha motivado pelo desejo de salvação do direito em perigo. Só essa motivação, diferentemente da premeditação criminosa, dá à conduta necessária a tônica de um fato conforme ao direito, ou seja, não oponível a esse mesmo direito.*²³⁵

Em suma, conforme explica CIRINO DOS SANTOS, é a situação justificante (perigo atual, involuntário e inevitável de outro modo) o objeto dos elementos subjetivos do estado de necessidade. Segundo a teoria dominante, o elemento subjetivo consiste no *conhecimento* da situação justificante, e para a opinião minoritária, o elemento subjetivo é formado pelo *conhecimento* da situação justificante e *vontade* de proteção do bem jurídico²³⁶. No entanto, ressalta que, em qualquer dessas hipóteses, admite-se outros componentes psíquicos e emocionais, e menciona como exemplos situações de ambição, pagamento, busca de glória, etc.

4.4.6 Casos legais específicos previstos na Parte Especial do Código Penal

Além da previsão de forma ampla no artigo 24, o Código Penal optou por estabelecer, em determinados tipos, hipóteses específicas em que se configura o estado de necessidade, a fim de que não pairassem dúvidas acerca da possibilidade de alegação da excludente em determinadas situações.

Primeiramente, analisemos a hipótese prevista no **artigo 128, inciso I do Código Penal**²³⁷, que trata da possibilidade do aborto terapêutico.

O aborto terapêutico é considerado lícito pelo Código Penal, já que constitui uma hipótese legal do estado de necessidade excludente da ilicitude, e segundo

²³⁵ TOLEDO, **Princípios...**, op. cit., p. 184.

²³⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 186-187.

²³⁷ **Art. 128.** Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

REALE JUNIOR, não é fundado na inexigibilidade de outra conduta, mas sim no balanceamento de bens²³⁸.

O nosso código estabelece como pressuposto para a legalidade do aborto terapêutico que este seja realizado por médico quando constitua meio inevitável para salvar a vida da gestante.

Pode ocorrer a situação em que, sem a prática do aborto, tanto a mãe quanto o filho pereçam, em razão das condições em que se desenvolve a gravidez. Neste caso, o aborto é justificado, para poupar uma das duas vidas – a da gestante. Contudo, maior é a dificuldade na situação em que há de se *optar* por uma das vidas para ser salva, a mãe ou o bebê, ambos com possibilidade de sobrevivência, mas somente na hipótese de sucumbência da outra vida. Conforme destaca GARCIA, a dúvida é apresentada às pessoas ligadas à paciente, e por eles resolvida, e geralmente se prefere à salvação da mãe.²³⁹

No entanto, a própria lei penal destacou a possibilidade de aborto, afastando o caráter ilícito da conduta, quando imprescindível ao salvamento da vida da gestante, e desta forma, conclui-se, conforme expõe REALE JUNIOR, que o legislador entendeu que a morte do feto constitui mal inferior à morte da mãe.²⁴⁰

Argumentos em sentido contrário à referida possibilidade de alegação da excludente geralmente estão ligados a sentimentos moralistas e religiosos. Não obstante, sob o aspecto existencial, a vida do feto não constitui uma existência pessoal tal como a da mãe, e por isso a sua importância social é inferior²⁴¹.

Prosseguindo na análise dos casos de estado de necessidade previstos na parte especial, o Código estabeleceu a excludente de forma específica também na hipótese do **artigo 146, § 3º**.²⁴²

²³⁸ REALE JUNIOR, op. cit., p. 255.

²³⁹ GARCIA, op. cit., p. 298.

²⁴⁰ REALE JUNIOR, op. cit., p. 257.

²⁴¹ Id.

²⁴² **Art. 146.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que não manda. (...) **§ 3º.** Não se compreendem nas disposições deste artigo: I – a

Trata o referido dispositivo da situação em que se procede à intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida e a coação exercida para impedir suicídio. Diante dessas hipóteses, não resta configurado o tipo de constrangimento ilegal, eis que o Código optou por retirar o caráter ilícito quando configurados os requisitos impostos.

Nesta questão poder-se-iam levantar diversos pontos polêmicos, como por exemplo, a situação em que o paciente, em razão de sua crença religiosa (cuja liberdade é constitucionalmente garantida), não aceita submeter-se a intervenção cirúrgica, ou até mesmo a uma simples transfusão sanguínea, mesmo sendo tal intervenção imprescindível à manutenção da vida do indivíduo. Não obstante, o médico, diante dessa situação conflitante em que está em jogo a vida de um paciente, procede à transfusão de sangue ou intervenção cirúrgica necessária, passando por cima do interesse do mesmo. Este é um tema que poderia ser discutido por páginas e páginas, mas no momento a intenção é somente exemplificar e apontar que casos complexos como este podem ocorrer, e por esta razão não serão feitos grandes discursos acerca do assunto nesta oportunidade.

Também pode ocorrer a hipótese de justificativa no crime de violação de domicílio, por meio do qual pune-se a entrada ou permanência de alguém, contra a vontade do dono, em casa alheia (**artigo 150 do Código Penal**²⁴³). Há, contudo, ressalva do **§ 3º, inciso II**²⁴⁴ do referido dispositivo, que declara que não restará caracterizado tal delito quando a entrada ou permanência na casa alheia ocorrer quando algum crime ali estiver sendo perpetrado ou na iminência de o ser, independentemente do horário do dia ou da noite.

intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II – a coação exercida para impedir suicídio.

²⁴³ **Art. 150.** Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

²⁴⁴ **§ 3º.** Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências (...) II- a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

Trata o **artigo 154 do Código Penal** da violação de segredo profissional, estabelecendo tal dispositivo como ato ilícito “*revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.*” Assim, o elemento “sem justa causa” possibilita a alegação da excludente no caso em que a justa causa (desde que relevante) esteja configurada, situação na qual o estado de necessidade restará caracterizado. Destaca GARCIA que o delito de revelação de segredo profissional envolve verdadeiros problemas de consciência. Pondera autor que

O médico, ou advogado, que tem conhecimento, no exercício da sua profissão, de um segredo, não pode, em princípio, revelá-lo. Mas às vezes um grande mal seguramente resultará da conservação do segredo, e cumpre não o manter. Suponha-se um médico que, na sua clínica, vem a saber que um rapaz oculta aos pais a doença grave de que é portador, deixando por isso de tratar-se. Ou nota que uma empregada doméstica, a que presta assistência, silenciá-la, junto à família para a qual trabalha, acerca de enfermidade contagiosa que contraiu e que, assim, transmitirá às pessoas com quem convive.²⁴⁵

Basileu GARCIA destaca ainda uma questão interessante envolvendo o **furto famélico**. Afirma que, apesar de não haver previsão específica desta espécie de estado de necessidade, o Código Penal abordaria tal situação nos próprios requisitos do artigo 24, não havendo, na realidade, necessidade de prever a exclusão especialmente para o caso²⁴⁶.

Apesar disso, vale ressaltar que é bastante raro encontrar sentença ou acórdão que admita a excludente tendo como justificativa a situação de miséria, desemprego, doença, etc, visto que na maioria das vezes tal situação não resta comprovada com elementos suficientes. Neste sentido, *v.g.*, TJRS – Ap. 70.007.350.259 – 5ª Câmara Criminal – j. 10.12.2003 – Rel. Genacéia da Silva Alberton e TACrimSP – Ap. 278.091 – 10ª Câmara – j. 14.09.1981 – Rel. Juiz Jarbas Mazzoni – RT 559/358).

²⁴⁵ GARCIA, op. cit., p. 297.

²⁴⁶ Ibid., p. 295-296.

No entanto, é possível encontrar alguns julgados que admitem a alegação de miséria e penúria como justificativa para a prática principalmente de furto, desde que suficientemente comprovada nos autos, v.g., TJRS – Ap. 70.003.104.742 – 8ª Câm. Crim. – j. 03.12.2003 – Rel. Sylvio Baptista Neto e TACrimSP – Ap. 315.255 – RT 574/370.

Em geral, não só no que diz respeito ao furto famélico, a alegação de dificuldades financeiras não é suficiente para acobertar o crime sob o véu da excludente de ilicitude. Devem restar comprovados de forma clara e transparente todos os requisitos para a justificativa do estado de necessidade. Neste sentido, RT 597/287²⁴⁷ e RT 810/623²⁴⁸.

²⁴⁷ ESTADO DE NECESSIDADE – Invocação por funcionário acusado da prática de peculato – Alegada percepção de proventos insuficientes, despesas extras para os serviços cartorários etc. – fatos que o teriam levado a situação econômica precária – Circunstâncias que, entretanto, não justificam o procedimento – Agente que embolsou dinheiro recebido em razão da função pública – Condenação mantida (...)

²⁴⁸ ESTADO DE NECESSIDADE – Descaracterização – Agente que põe em circulação cheques subtraídos de terceiro – Alegação de que assim agiu em razão de ser portador do vírus da Aids e de estar desempregado, tendo uma filha para sustentar – Fatos que caracterizam tão-somente o estado de precisão – Dificuldades financeiras que não autorizam o reconhecimento da excludente de ilicitude.

5 HIPÓTESES CORRENTES DE ESTADO DE NECESSIDADE

Após o estudo do estado de necessidade e seus requisitos, cabe aqui analisar alguns casos concretos em que foi reconhecida a excludente de ilicitude, a título de ilustração do trabalho e para proporcionar uma maior identificação do assunto com as hipóteses correntes em que se configura a justificante, fugindo um pouco da vinculação imediata que inevitavelmente é feita do estado de necessidade e náufragos, exploradores ou turistas perdidos que para sua sobrevivência matam-se uns aos outros.

Sem dúvida, são estas as figuras que imediatamente vêm às nossas cabeças quando o assunto é estado de necessidade. Mas há diversas situações em que os pressupostos arrolados no artigo 24 do Código Penal revelam-se presentes, diante de uma situação periclitante na qual o tipo permissivo enquadra-se perfeitamente.²⁴⁹

5.1 Caso 1

EMENTA:

ESTADO DE NECESSIDADE – Caracterização – Furto – Energia Elétrica – Agente, carente de recursos que, devido à suspensão do fornecimento de energia elétrica à sua residência por falta de pagamento, procede a ligação clandestina da rede pública para pôr em funcionamento aparelho de inalação com o intuito de tratar o filho de tenra idade acometido de enfermidade grave – Inteligência do art. 23, I, do CP.

Ementa oficial: Atua em estado de necessidade e, pois, não comete crime (art. 23, I, do CP), o sujeito que, suspenso o fornecimento de

²⁴⁹ Os casos aqui apresentados foram retirados de jurisprudências colhidas de exemplares da Revista dos Tribunais.

energia elétrica à sua residência por falta de pagamento (e não tendo condições de satisfazer o débito com a empresa concessionária, uma vez responsável pelo sustento de família numerosa e carente de recursos), procede a ligação clandestina da rede pública para pôr em funcionamento aparelho de inalação (vaporizador), com o intuito de tratar de filho de tenra idade acometido de enfermidade grave (rinite infecciosa e bronquite).

(TACrimSP – Ap. 1.201.111/3 – 15ª Câm. – j. 17.08.2000 – Rel. Juiz Carlos Biasotti – RT 785/621)

Nesta situação, o MM. Juízo de Direito da 12ª Vara Criminal de São Paulo havia condenado o réu ao cumprimento, em regime aberto, de pena de 1 ano de reclusão, além de 10 dias-multa, substituída a privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pela perpetração do crime descrito no artigo 155, § 3º do Código Penal²⁵⁰.

No entanto, analisando a adequação do caso concreto aos requisitos do artigo 24 do Código Penal, o Tribunal entendeu que restou caracterizado o estado de necessidade.

O réu havia subtraído, pelo período aproximado de 5 meses, o equivalente a 2.077 kw de energia elétrica, mediante ligação clandestina. No entanto, alegou que se viu compelido a tal atitude, em razão da precária saúde de um de seus filhos, que possuía bronquite e rinite infecciosa, e necessitava de tratamento por inalação, conforme prescrição médica. Tendo o réu que acudir ao sustento de uma família numerosa, além dos gastos com a filha doente, o pagamento de algumas contas de luz atrasou e acumularam-se as dívidas, do que resultou o corte do fornecimento de energia elétrica.

Após a análise dos pressupostos do artigo 24 do Código Penal, constata-se que:

²⁵⁰ **Art. 155.** Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (...) § 3º. Equipara-se a coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Havia o perigo atual (a cada crise que a criança tinha, poderia morrer se não utilizasse o aparelho inalatório), involuntário e inevitável. Não havia outro modo de evitar o perigo senão pelo tratamento prescrito pelo médico, que era a utilização do inalador, aparelho que exigia energia elétrica para o seu funcionamento. O direito que se visava proteger com a conduta realizada era o mais importante de todos, o direito à vida! Desta forma, não há dúvidas de que, procedendo-se à ponderação de bens, não era razoável exigir-se o sacrifício deste direito, renunciando o réu à vida de sua filha para poupar o bem patrimonial “energia elétrica” que se sacrificou. Verifica-se também que houve proporcionalidade entre o perigo que ameaça o direito juridicamente protegido e a gravidade da lesão causada para afastar a situação periclitante. Além disso, restou caracterizado o elemento subjetivo do tipo permissivo, já que o réu praticou a conduta aparentemente ilícita **com o objetivo** de prover à recuperação da filha, abalada por enfermidade grave que comprometia letalmente sua frágil saúde.

Desta forma, a excludente de ilicitude foi reconhecida neste caso, sendo o réu absolvido com base no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal (por não constituir o fato infração penal).

5.2 Caso 2

EMENTA:

ESTADO DE NECESSIDADE – Caracterização – Arma de fogo – Porte ilegal e disparo em via pública – Agente que disparou o artefato para cima a fim de afastar grupo, em tumulto, que impedia a saída de veículo no qual estava a sua esposa grávida de oito meses – Arma encontrada por acaso no porta-luvas do automóvel cedido em empréstimo – Reconhecimento da excludente de ilicitude que se impõe.

Ementa oficial: provado que o réu efetuou um disparo para cima a fim de afastar grupo, em tumulto, que impedia a saída, do local, de seu

veículo, no qual estava sua esposa grávida de oito meses, caracterizado ficou o estado de necessidade, excluindo a ilicitude de sua conduta. Arma encontrada por acaso no porta-luvas do automóvel cedido em empréstimo pelo pai não caracteriza o crime de porte ilegal de arma de fogo, o qual ficou, igualmente, subsumido na conduta de disparar abrigada pela excludente em questão. O reconhecimento da causa excludente de ilicitude conduz à absolvição (art. 386, V, CPP) e não à extinção da punibilidade (art. 107, CP).

(TJRS – Ap. 70.002.872.778 – Câmara Especial – j. 28.11.2001. Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak – RT 800/683)

Neste caso, o próprio Juízo de 1º grau reconheceu que estavam presentes os requisitos do artigo 24 do Código Penal, para caracterizar o estado de necessidade, de modo a justificar o disparo da arma. Desta forma, o recurso girava em torno da existência do crime de porte ilegal de arma de fogo, e se com a excludente estaria configurado a extinção da punibilidade ou a absolvição em razão de circunstância que excluiria o crime.

O perigo atual (prejuízo à saúde da gestante ou do bebê), inevitável e involuntário (o tumulto havia sido causado por uma briga envolvendo várias pessoas e os seguranças do local onde se encontravam o réu e sua mulher) restou caracterizado. O meio utilizado foi necessário para a proteção da esposa grávida do acusado, tanto que testemunhas haveriam confirmado que após o disparo realizado a briga cessou e foi possível sair com o carro. E o elemento subjetivo também estava presente, eis que a finalidade do disparo não era causar ferimentos em ninguém, mas somente dispersar o tumulto a fim de que fosse possível sair com o veículo transportando a gestante para local seguro e fora de perigo.

5.3 Caso 3

EMENTA

ESTADO DE NECESSIDADE – Caracterização – Contravenção penal – “jogo do bicho” – Prática por ancião de 74 anos para ocorrer ao sustento próprio e das pessoas de sua obrigação – Condenação que teria o caráter de iniquidade.

Ementa oficial: Não há censurar decisão que, pelo argumento do estado de necessidade, absolve ancião de 74 anos, aposentado, que praticava o “jogo do bicho” para ocorrer ao sustento próprio e das pessoas de sua obrigação. A condenação, que é sempre um estigma de infâmia, argúi também o caráter de iniquidade quando se imprime na frente de um velho, que já alcançou aquele estágio de vida em que os sonhos e as ilusões se trocam pela saudade e pelo sofrimento.

(TACrimSP – Ap. 1.171.549/2 – 15ª Câmara – j. 25.11.1999 – Rel. Juiz Carlos Biasotti.)

Neste caso, a alegação era de que o réu praticara o fato delituoso por necessidade urgente, pois carecia de recursos à sua subsistência e daqueles que dele dependiam (mulher e filho), e visto que já estava em idade avançada, nos seus 74 anos, não havia outro modo de obter recursos para complementação da aposentadoria insuficiente que recebia. Desta forma, em razão do escasso recurso proveniente da aposentadoria, e tendo em vista ainda que o acusado e sua esposa freqüentemente necessitavam de remédios, esta situação haveria levado o réu a praticar o fato contravencional, porém em estado de necessidade.

O principal elemento neste caso que levou o tribunal a reconhecer a excludente de ilicitude neste caso foi a questão da proporcionalidade da contravenção praticada (exatamente por ser contravenção, não representa grandes danos sociais) e

o motivo que o levava a cometê-lo (eis que a renda previdenciária não seria suficiente para prover as necessidades do acusado, ainda mais levando-se em conta que não haveria mais possibilidade de encontrar outra fonte de renda). Entendendo estarem presentes os demais requisitos para caracterização do estado de necessidade, o tribunal o absolveu, afirmando o Juiz Relator, no julgamento do caso, que *“Condenar um réu, já no extremo crepúsculo de sua existência, pela prática do (ia dizendo inocente) “jogo do bicho”, com que talvez se poupasse à suprema humilhação de pedir esmola – e isto num país em que (ainda mal!) arquidelinqüentes escarnecem da Justiça – não seria de Juiz probo e reto, senão de homem ímpio de hipócrita, que nunca haverá de ter assento na curul sagrada do Magistrado!”*

5.4 Caso 4

EMENTA

ESTADO DE NECESSIDADE – Contravenção penal – Falta de habilitação legal para dirigir veículo na via pública – Excludente caracterizada, vez que comprovada que a proporcionalidade entre o risco de eventual acidente era mais grave do que a violação da contravenção penal – Absolvição decretada.

Para caracterização do estado de necessidade faz-se imperioso o requisito de proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado.

(TACrimSP – Ap. 950.025/0 – 6ª Câ. – j. 09.08.1995 – rel. Juiz Feiez Gattaz – RT 724/686)

Neste caso, os acusados foram condenados em sede de 1º grau, pois a ré teria passado a direção do veículo para seu pai, cuja Carteira Nacional de Habilitação estava suspensa.

No entanto, o tribunal reformou tal decisão, pois reconheceu que estavam presentes os requisitos do estado de necessidade, sendo, desta forma, excluída a ilicitude do fato contravencional.

A ré, habilitada a dirigir, em certo trecho da viagem, sentiu-se mal e passou a direção para seu pai que lhe acompanhava para uma consulta médica na cidade vizinha. Entretanto, a carteira de habilitação do acusado estava suspensa, pelo que não poderia o mesmo ter assumido a direção do veículo.

O estado de necessidade restou caracterizado neste caso por estarem presentes os pressupostos do tipo permissivo do artigo 24 do Código Penal: havia o perigo atual, inevitável e involuntário, visto que não poderia a acusada continuar a dirigir o automóvel e colocar em risco a sua vida, a de seu pai e eventualmente a de outros motoristas e pedestres, pois o mal súbito que a acometeu impossibilitou-a de prosseguir viagem na direção do veículo. Por este motivo, o acusado viu-se obrigado a assumir a direção do carro, a fim de que chegassem logo ao destino, no qual a acusada teria consulta médica. Principalmente, ficou comprovado o requisito “proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado”: o risco de eventual acidente decorrente do estado de saúde da ré era mais grave que a violação ao dispositivo contravencional.

Com relação à situação de perigo nesta hipótese de contravenção penal, Dyrceu Aguiar Dias CINTRA JUNIOR destaca que

Para se aplicar uma pena de natureza criminal, considerando o agente contraventor por aquele fato, pois, é necessário demonstrar que ele não sabia dirigir veículos, ou seja, que com seu proceder, ao volante, tenha causado risco, ainda que indeterminado, à incolumidade pública ou, por outra, se afastado minimamente da normalidade que justificasse a imposição de uma pena por isto. Ou seja: se o apontado infrator da regra administrativa, de trânsito, está habilitado de fato a dirigir, não pode ele ter, também uma sanção penal porque, assim sendo, não chega a ferir o bem jurídico protegido pelo tipo do art. 32 da LCP.²⁵¹

²⁵¹ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Da necessidade de se demonstrar o perigo concreto, ainda que indeterminado, na contravenção de falta de habilitação para dirigir veículo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n 712, fev./1995, p. 343-345.

Desta forma, no caso analisado, é possível reconhecer o estado de necessidade, vez que não havia perigo concreto, ainda que indeterminado, visto que o acusado possuía carteira de habilitação (sabia dirigir, portanto), que só estava suspensa. Assim, o perigo neste caso não pode ser presumido, sob penal de violar-se o princípio da ofensividade – *nullum crimen sine iniuria* – e até a presunção constitucional de inocência.²⁵²

Através da exposição de alguns casos concretos de aplicação do estado de necessidade justificante, intentou-se demonstrar que esta hipótese de justificação encontra aplicação em casos simples e cotidianos, que no entanto merecem a resguarda do mencionado tipo permissivo.

²⁵² Ibid., p. 344

6. CONCLUSÃO

Importa destacar, após esta breve análise dos principais aspectos acerca do estado de necessidade, o seguinte:

Toda situação de estado de necessidade será encarada pelo direito pátrio como situação justificante, e nunca exculpante, tendo em vista que o ordenamento penal brasileiro adotou a teoria unitária. Desta forma, o fato típico não será considerado ato criminoso, por faltar à conduta um dos elementos essenciais que tomaria o fato punível: a ilicitude. O tipo permissivo torna lícita a conduta aparentemente criminosa.

Isto ocorrerá, no entanto, somente se estiverem presentes todos os requisitos estabelecidos no artigo 24 do Código Penal. A comprovação da existência de todos os pressupostos no caso concreto auxiliará a autoridade judiciária na prolação da sua decisão.

Por esta razão é que o estudo do estado de necessidade é de grande relevância, visto que envolve questões de direito penal, processo penal, atingindo inclusive questões relacionadas a direitos humanos, principalmente no que concerne à liberdade do indivíduo, já que se o fato típico realizado subsumir-se a um tipo permissivo, *in casu*, o estado de necessidade, a conduta não caracterizará crime, não havendo, destarte, atribuição ao agente de uma pena restritiva de liberdade ou restritiva de direitos.

O estado de necessidade é um elemento jurídico complexo, e a doutrina sobre este instituto muito já se ocupou, e ainda haverá de se ocupar no futuro, diante das particularidades de cada situação. Há diversas questões que despertam divergências, e o presente trabalho procurou trazê-las ao conhecimento do leitor, sem, no entanto, tomar parte por um ou outro entendimento.

Diante de todo o que foi exposto, cabe destacar que cada caso particular merece minucioso estudo e atenção, não só por ser o estado de necessidade um

instituto com muitas peculiaridades, e vários requisitos a serem observados; mas principalmente, por se tratar de uma situação que o ordenamento jurídico optou por declarar lícita, quando na verdade não deixa de ser típica. Isto é, o ordenamento jurídico considerou a ação grave o suficiente para atribuir-lhe uma sanção, mas diante de determinadas circunstâncias que se apresentaram ao agente, o ordenamento decidiu por considerá-la lícita. O que aparentemente poderia parecer uma contradição, está fundamentado na necessidade da garantia de que os direitos dos agentes sejam protegidos, diante das circunstâncias justificadoras do fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antonio de. As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 10, nº 37, jan./mar., 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico penal**: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t.1.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Da necessidade de se demonstrar perigo concreto, ainda que indeterminado, na contravenção de falta de habilitação para dirigir veículo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 84, nº 712, fev. 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

COLMENERO, Fernando Pinto. Direito de necessidade: uma visão luso-brasileira. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 90, nº 783, jan./2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal**: parte general. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREDERICO MARQUES, José. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 2.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. v. 1. t. 1.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Tradução por José Luis manzanares samaniego. Granada: Conares Editorial, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MAGALHÃES, Délio. **Causas de exclusão de crime**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1975.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v.1.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal**. Introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução por Jorge Bofill e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, t. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1992, v. 1.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Discriminantes putativas fáticas. **Revista de Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Nº 17/18, jan./jun., 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal anotado**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Ed. Civitas, 1997, t.1.

SILVA JUNIOR, Euclides Ferreira da. **Lições de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. v.1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.